Archiv

für die

Civilistische Praxis.

UNIV. OF TEXAS LAW LIBRARY.

Herausgegeben

von

Bülow, Degenkolb, Franklin, Mandry,
Professoren der Tübinger Juristenfacultät.

41[illegible]

Sechsundsechzigster Band.

Neue Folge. Sechszehnter Band.

Freiburg i. B. und Tübingen 1883.
Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr
(Paul Siebeck).

XIII.

Gewohnheitsrecht und Irrthum.

Von

Herrn Dr. **Ernst Zitelmann.**

Professor in Halle a./S.

Die nachfolgenden kritischen Beiträge zur Lehre von den Erfordernissen des Gewohnheitsrechts und vom sog. Grunde seiner verbindenden Kraft knüpfen aus besonderer Veranlassung an eine einzelne Frage an, die nur eine Detailfrage zu sein scheint, in Wahrheit jedoch im Centrum der gesammten Lehre vom Gewohnheitsrecht steht. Das Reichsgericht hat nämlich in der kurzen Zeit seines Bestehens schon mehrfach Gelegenheit gehabt, sich mit der Frage zu beschäftigen, welchen juristischen Einfluß, um es kurz zu formuliren, Irrthum auf die Bildung des Gewohnheitsrechts übe, insbesondere ob Irrthum das Gewohnheitsrecht ausschließe. Sieben Entscheidungen aus 4 verschiedenen Senaten sind in den ersten 7 Bänden der offiziösen Sammlung „Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen" (citirt als „Entsch.") mitgetheilt worden, welche die letztere Frage in größerem oder geringerem Umfange bejahen; zwei weitere Entscheidungen berühren die gleiche Frage wenigstens indirekt.

Es lohnt sich, zuerst diesen Entscheidungen und damit dann der wichtigen Frage selbst näher zu treten. Bei dem außerordentlichen Ansehen, welches die Entscheidungen unseres höchsten Gerichtshofes mit Recht genießen, ist eine möglichst unverhüllte Kritik im Interesse der Sache nicht nur erlaubt, sondern geradezu erfordert.

I. Die reichsgerichtlichen Entscheidungen.

1. Entscheidung vom 28. Oktober 1880, II. Hilfssenat. (Entsch. III. Nr. 59, S. 210 ff.)

In Neu-Vorpommern bestand ein „uralter" Gerichtsgebrauch, demzufolge zum Erwerb einer unständigen Grundgerechtigkeit die 10- oder 20jährige Ersitzung ungenügend und die unvordenkliche Verjährung erforderlich sein sollte. Das O.-Trib. in Berlin hat auch durch Erkenntniß vom 16. Jan. 1877 die verbindliche Kraft dieses Gerichtsgebrauchs für den Bezirk des A.-G. Greifswald angenommen, früher indeß (durch Erk. vom 10. Juni 1875) dem gleichen Gerichtsgebrauch für das ehemalige Kurfürstenthum Hessen verbindliche Kraft abgesprochen. Auf dieß letzterwähnte frühere Erkenntniß beruft sich das Reichsgericht und entscheidet ebenso auch für Neu-Vorpommern. Denn jener Gerichtsgebrauch sei nur aus einer heutzutage überall als irrig anerkannten Auslegung einiger Stellen des römischen Rechts hervorgegangen; damit aber ist, sagt das Reichsgericht, nach „der klaren Vorschrift" der l. 39 D. de leg. 1, 3 kein verbindliches Gewohnheitsrecht geschaffen, „da eine Gewohnheit, welche erweislich lediglich die Folge eines Irrthums ist, nicht Ausdruck und Kennzeichen eines gemeinsamen Rechtswillens sein kann, auf welchem doch allein ihre rechtserzeugende Kraft beruht". Auf ein partikuläres Gewohnheitsrecht habe sich erst das spätere A.-G. in Greifswald bezogen, nachdem die Unrichtigkeit der bisherigen Auslegung der römischen Stellen in der Wissenschaft allgemeine Anerkennung gefunden hatte. Diese „Bezugnahme beruhte aber auf der irrthümlichen Annahme, daß ein Gewohnheitsrecht sich bereits gebildet habe, und es konnte daher durch die demnächst allerdings mit Bewußtsein vom römischen Recht abweichende andauerde Gerichtspraxis ein solches nicht entstehen".

In dieser Entscheidung ist folgender Satz ausgesprochen:

Die Bildung eines Gewohnheitsrechts wird gehindert nicht bloß durch einen Irrthum über den Inhalt eines bestimmten Gesetzes (Mißverständniß des Gesetzes) sondern insbesondere auch durch den Irrthum, daß die Uebungshandlung einem bereits

bestehenden Gewohnheitsrechte entspreche (Irrthum über die Existenz eines Gewohnheitsrechts), kurz durch jeden „Rechtsirrthum", wie das Reichsgericht S. 212 sich ausdrückt. Ja, die vom Reichsgericht gebrauchte Wendung ist so allgemein, daß man glauben könnte, das Reichsgericht spreche überhaupt jedem Irrthum die Kraft zu, die Bildung eines Gewohnheitsrechts zu hindern; indeß darf man nach dem Zusammenhang doch annehmen, daß das Reichsgericht an einen andern Fall des Irrthums als an den eines Irrthums über das objektive Recht nicht gedacht habe.

Ich bemerke sodann noch, daß nach S. 212 der Grund der rechtserzeugenden Kraft des Gewohnheitsrechts im gemeinsamen Rechtswillen, nach S. 211 in der gemeinsamen Rechtsüberzeugung beruht; ferner daß das Gewohnheitsrecht durch die Uebung nach S. 211 erzeugt, nach S. 212 aber bloß dokumentirt wird. Die erstere Formulirung entspräche der heute herrschenden, die letztere der Puchta-Savigny'schen Theorie.

2. Entscheidung vom 18. April 1882. III. Civilsenat. (Entsch. VI. Nr. 62, S. 225 ff.)

Bekanntlich ist es gemeinrechtlich sehr bestritten, ob „das bei Ermangelung von Eheverträgen unter Eheleuten durch die Gesetze ihres ersten Wohnsitzes begründete eheliche Güterrecht durch den Umzug derselben in ein anderes Rechtsgebiet" geändert wird (Wandelbarkeitstheorie) oder nicht (Unwandelbarkeitstheorie). Die erste Theorie ist von den Gerichten der Provinz Schleswig-Holstein konstant festgehalten worden; die Schriftsteller über das schleswig-holsteinische Privatrecht bekunden eine solche konstante Praxis, und in einer Reihe von Erkenntnissen der Gerichte der Provinz Schleswig-Holstein ist auf eine solche Praxis Bezug genommen. Da indeß diese Praxis nicht auf einer speziellen partikularen Rechtsentwicklung beruht habe, und die betr. Gerichte dabei nur der in der Doctrin vertretenen Ansicht gefolgt seien, so sprach das Berliner O.-Trib. durch Erkenntniß vom 17. Dezember 1875 (bei Seuffert, Archiv 32 Nr. 103) dieser Theorie die gewohnheitsrechtliche Geltung ab. Das Reichsgericht hat sich ohne

Anführung neuer Gründe dieser Entscheidung lediglich angeschlossen: „es kann in dieser bloßen Gerichtspraxis, die nur auf einer für unrichtig zu erachtenden Rechtsanschauung beruht hat, ein Gewohnheitsrecht nicht gefunden werden."

Daraus scheint hervorzugehen, daß nach der Ansicht des Reichsgerichts in einer *nicht* auf unrichtiger Rechtsanschauung beruhenden Gerichtspraxis ein Gewohnheitsrecht gefunden werden kann, und daß im obigen Fall der Irrthum der Hinderungsgrund der Entstehung eines Gewohnheitsrechts war.

Der Irrthum im obigen Fall ist aber nicht bloß ein Mißverständniß bestimmter geschriebener Gesetze, die es ja über den in Frage stehenden Punkt nicht gibt; aus diesem Grunde, und in Rücksicht darauf, daß das Reichsgericht zu den oben citirten Schlußworten auf die unter Nr. 1 besprochene Entscheidung verwiesen hat, wird man berechtigt sein, anzunehmen, daß das Reichsgericht auch hier den *allgemeinen* Satz aufstellt:

Gewohnheitsrecht kann nicht auf Irrthum über das objektive Recht (oder sogar überhaupt nicht auf einem Irrthum irgend einer Art ?, s. oben Nr. 1 a. E.) beruhen.

3. *Entscheidung vom 24. Februar 1880, III. Civilsenat.* (Entsch. I. Nr. 115, S. 313.)

Eine konstante Praxis der oldenburgischen Gerichte erkennt Schenkungen ohne gerichtliche Insinuation nur bis zum Betrage von 4200 M. für giltig an. Das Reichsgericht setzt als Maximum 4666,67 M. und sagt, „die partikulare Gerichtspraxis könne keinen Anspruch auf Aufrechterhaltung machen, da dieselbe lediglich in einer unrichtigen Auffassung des maßgebenden Rechtssatzes beruht", „indem sie, der Ansicht von Savigny sich anschließend, das Gewohnheitsrecht, (welches die 500 Solidi des römischen Rechtssatzes durch 500 Dukaten ersetzt hat) auf einen Dukaten im Werthe von 4 Gulden des 20-Guldenfußes bezieht."

Der Grund der Verneinung des Gewohnheitsrechts liegt hier offenbar nicht darin, daß eine bloße Gerichtspraxis, sondern darin, daß ein Irrthum vorhanden ist. Daß der hier obwaltende Irrthum kein Auslegungsirrthum im eigentlichen Sinne ist,

bedarf keines Beweises; Auslegung im eigentlichen Sinne ist eben nur bei „in Worten formulirten Rechtssätzen" denkbar; vielmehr handelt es sich hier, korrekt gesprochen, um Mißverständniß der Berichte über den Inhalt eines Gewohnheitsrechtssatzes; damit wird der Irrthum zu einem Irrthum — zwar nicht über die Existenz aber — über den Inhalt eines als bestehend angenommenen Rechtssatzes.

Aus dieser Entscheidung geht demnach nur hervor, daß das Reichsgericht in einem Irrthum über den Inhalt eines bestehenden Gewohnheitsrechtssatzes ein Hinderniß für die Bildung eines Gewohnheitsrechts erkennt; ob auch einem Irrthum andern Inhalts dieselbe Kraft zugeschrieben wird, bleibt zweifelhaft.

4. Entscheidung vom 6. November 1880, I. Civilsenat. (Entsch. II. Nr. 49, S. 182 ff.)

„Das Hamburger Bau-Polizei-Gesetz vom 3. Juli 1865 bestimmt im § 71 Abs. 5 bezüglich der Benutzung des Luftraumes über dem öffentlichen Grunde, daß aus den Mauern hervortretende Erker nur unter gewissen, durch das Gesetz bestimmten Voraussetzungen zugelassen werden sollen. Der Kläger erhielt auf die der Polizeibehörde gemachte Anzeige von einem beabsichtigten Neubau den Bescheid, daß der von ihm beabsichtigte, nahezu $^2/_3$ der ganzen Breite des Gebäudes einnehmende und durch mehrere Stockwerke gehende Vorbau nicht gestattet werden könne, weil er seines Umfanges halber nach architektonischen Begriffen nicht mehr als Erker gelten könne. Er klagte gegen die Bau-Polizei-Behörde mit dem Antrage, seine Berechtigung, den projektirten Erker an seinem Hause anzubringen, festzustellen." Nun waren festgestellter Maßen „in einer größeren Anzahl von Fällen seit dem Erlaß des Bau-Polizei-Gesetzes Bauten der fraglichen Art in Ausführung gekommen, ohne daß jemals seitens der Bau-Polizei-Behörde auf erhaltene Anzeige von dem beabsichtigten Bau Einsprache erhoben worden wäre". Das Landgericht Hamburg entsprach daher „dem Klagantrage, indem es zwar annahm, daß der in Rede stehende Vorbau kein Erker im Sinne des § 71 sei, aber ein Gewohnheitsrecht, wonach Vorbauten der hier fraglichen Art den Erkern gleich behandelt werden, für festgestellt erachtete."

Das Reichsgericht verwarf die Revision gegen das abweisende Erkenntniß des O.-L.-Gerichts, weil das behauptete Gewohnheitsrecht nicht existire. Zwar haben, so nahm das Reichsgericht an, die Bauenden in der Ueberzeugung „gehandelt, eine ihnen nach dem Bau-Polizei-Gesetz zustehende Befugniß auszuüben", und die Bau-Polizei-Behörde ist der Ueberzeugung gewesen, die Bauten „nach dem Bau-Polizei-Gesetz zulassen zu müssen." Diese ganze konstante Praxis der Bauenden und der Bau-Polizei-Behörde ist indeß nicht Uebung des Gewohnheitsrechts, sondern lediglich „wirkliche oder vermeintliche Anwendung des Gesetzes". Es fehlt „der Ausdruck einer vom geschriebenen Rechte unabhängigen Rechtsüberzeugung". Zwar ist eine Usualinterpretation an sich möglich; um eine solche aber annehmen zu können, „müssen Umstände hinzutreten, welche den Schluß auf ein von dem Gesetze unabhängiges Gewohnheitsrecht rechtfertigen. Dergleichen Umstände sind im vorliegenden Falle nicht festgestellt".

In dieser Entscheidung sind folgende Sätze ausgesprochen:

1) Zur Bildung eines Gewohnheitsrechts ist eine „rechtliche Ueberzeugung" der Uebenden erforderlich. Die Ausführungen S. 184 ff. lassen gar nicht bezweifeln, daß das Reichsgericht unter dieser „rechtlichen Ueberzeugung" die „Ueberzeugung von der Gesetzmäßigkeit" der betr. Handlung versteht. S. 185 beschreibt diese Ueberzeugung als „die Meinung (der Handelnden), daß ihr Verfahren infolge einer Rechtsregel sich rechtfertige".

Demnach kann sich durch bewußtes Abweichen vom geltenden Recht ein Gewohnheitsrecht nicht bilden.

2) „Bezüglich der Anwendung eines Gesetzes" kann sich ein (in Wahrheit ausdehnendes oder abänderndes) „von dem Gesetze unabhängiges Gewohnheitsrecht" bilden („Ausdruck einer vom geschriebenen Rechte unabhängigen Rechtsüberzeugung").

Was hiermit gesagt sein soll, kann erst bei Besprechung der Puchta-Savigny'schen Theorie klar werden.

3) Rechtsirrthum schließt die für das Gewohnheitsrecht erforderliche rechtliche Ueberzeugung aus, indeß nicht jeder Rechts-

irrthum ſondern nur der Irrthum über den Inhalt eines beſtimmten geſchriebenen Geſetzes.

Dieſe letztere Beſchränkung glaube ich aus der mitgetheilten Entſcheidung herausleſen zu müſſen, indeß iſt die Möglichkeit eines Mißverſtändniſſes meinerſeits hierbei nicht ausgeſchloſſen. Das Reichsgericht verlangt ausdrücklich nur Unabhängigkeit „vom geſchriebenen Rechte“ (S. 185) und erklärt dieß ebenda näher dahin: „Wenn ſowohl Seitens der Bauenden als Seitens der Bau-Polizei-Behörde die Meinung beſtand, daß ihr Verfahren dem Bau-Polizei-Geſetze entſpreche, ſo iſt eben hierdurch die Meinung ausgeſchloſſen, daß dasſelbe in Folge einer von dem Bau-Polizei-Geſetze abweichenden, neben demſelben oder trotz desſelben geltenden Rechtsregel ſich rechtfertige.“ Hätten die Betheiligten alſo in der Meinung gehandelt, einer neben dem Bau-Polizei-Geſetz oder trotz desſelben geltenden Rechtsregel zu folgen, ſo wären ihre Handlungen für die Annahme eines Gewohnheitsrechts geeignet geweſen. Aber auch dieſe Meinung hätte zweifellos ein Irrthum ſein können. Denn welchen Inhalt ſoll ſie haben? etwa unbeſtimmt den, es beſtehe irgendwoher, unentſchieden ob durch ein anderes Geſetz oder durch Gewohnheit, der Rechtsſatz, daß jene Art zu bauen erlaubt ſei? Oder etwa beſtimmter, es habe ſich bereits ein das baupolizeigeſetzliche Verbot abſchaffendes Gewohnheitsrecht ausgebildet? Die Worte des Reichsgerichts: „Die beiderſeitigen Handlungen ſtellen ſich lediglich als . . . *Anwendung des Geſetzes*, nicht als Uebung des Gewohnheitsrechts dar,“ laſſen gerade an dieſen letzteren Fall denken, und dann würden nach der Meinung des Reichsgerichts insbeſondere für geeignet zur Bildung eines Gewohnheitsrechts die Handlungen zu halten ſein, welche in dem Irrthum, es beſtehe bereits ein Gewohnheitsrecht, vorgenommen werden. Damit läge aber der Widerſpruch gegen das unter Nr. 1 beſprochene Erkenntniß zu Tage.

Möglich iſt es indeß auch, daß das Reichsgericht unter jener „Meinung“ lediglich eine Rechtsüberzeugung in dem eigenthümlich myſtiſchen Sinn der Puchta-Savigny'ſchen Lehre verſteht, und dann würde dieſe Entſcheidung, wie es die unter Nr. 1 gethan hat, *jedem* Rechtsirrthum hindernde Kraft zuſchreiben.

Ich bemerke übrigens beiläufig, daß es ſich in dem vorliegenden Falle thatſächlich gar nicht, wie das Reichsgericht annimmt, um unrichtige Auslegung der Worte des beſtehenden Geſetzes handelt, ſondern vielmehr um eine uſuelle Ausdehnung oder Abänderung desſelben. Nach dem mitgetheilten Material erſcheint es nicht im Mindeſten als feſtgeſtellt, daß der Irrthum einerſeits der Bauenden, andererſeits der Bau-Polizei-Behörde ſich auf die Auslegung des Wortes Erker beziehe; dieſe Annahme iſt vielmehr ganz unmöglich. Denn da „Vorbauten der hier fraglichen Art im architektoniſchen Sinne unter den Begriff eines Erkers nicht fallen" (S. 183), wie der erſte Richter feſtgeſtellt hat, und da doch ferner „die Rechtsvermuthung" nicht nur „für die Geſetzmäßigkeit des Verhaltens öffentlicher Behörden," (S. 185), ſondern auch für die Fachkenntniß techniſcher Behörden „ſtreitet", ſo müßte angenommen werden, daß wenigſtens die Bau-Polizei-Behörde — ebenſo aber auch die Bauenden die doch ebenfalls Fachkenntniſſe haben oder durch Fachkenner unterſtützt ſind, — ſich nicht in dem Glauben befunden hat, Vorbaue der fraglichen Art ſeien Erker, ſondern daß ſie geglaubt hat, juriſtiſch korrekt zu handeln, wenn ſie jene analoge Ausdehnung des Geſetzes von Erkern auf andere Vorbaue zuließ; ihr Irrthum wäre dann der geweſen, daß jene Beſtimmung eine analoge Ausdehnung vertrage, während das nicht der Fall war. Wahrſcheinlicher freilich iſt es, daß die betr. Behörden zuerſt eine laxe Praxis geübt haben, daß in den weiteren Fällen dann nach dem Vorgange der früheren gehandelt wurde, daß ſich die Bauenden zuerſt dieſe laxe Praxis zu Nutze machten — bis dann allmählig ſowohl bei der Behörde wie bei den Bauenden die Vorſtellung aufkam, der betr. Satz ſei bereits gewohnheitsrechtlich geltendes Recht geworden.

5. Entſcheidung vom 5. Mai 1882, I. Hilfsſenat.
(Entſch. VII. Nr. 67, S. 235 fg.)

Das märkiſche Provinzialrecht enthält das Erforderniß der Zuziehung der Kirchenvorſteher zu Vererbpachtungen von Pfarrgrundſtücken. Die Beklagten behaupten, dieſes Erforder-

niß sei im Laufe des vorigen Jahrhunderts durch ein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht beseitigt worden, und „sie haben eine Reihe von märkischen Kirchen bezeichnet, bei denen die Uebung dieses Gewohnheitsrechts durch obrigkeitliche Bestätigung zahlreicher, ohne Mitwirkung der Kirchenvorsteher geschlossener Erbpachtkontrakte hervorgetreten sei." Indeß „ist aus den ermittelten Thatsachen nichts weiter zu folgern, als eine gewisse Praxis der kirchlichen Oberbehörde, wonach dieselbe die Zuziehung der Kirchenvorsteher zur Vererbpachtung von ... Pfarrgrundstücken nicht für schlechthin erforderlich erachtete. Diese Praxis hat indeß für sich die Kraft des Gewohnheitsrechts nicht. So lange sie lediglich auf wissenschaftlicher Auffassung des gesetzlichen Rechts beruht, kann sie jederzeit durch dieselbe Behörde oder andere Instanzen zu Gunsten einer anderen Auffassung verlassen werden. Nur wenn sie sich als Ausdruck einer allgemeinen Rechtsüberzeugung ... der Betheiligten zu erkennen gibt, oder durch längeres Bestehen zu einer derartigen Rechtsüberzeugung führt, kann sie die Annahme eines ihr entsprechenden allgemeinen Gewohnheitsrechts rechtfertigen." (Berufung auf Windscheid, Stobbe, Dahn). „Daß einer der letztgedachten Fälle hier vorliege, erhellt in keiner Weise und würde auch daraus nicht zu entnehmen sein, wenn noch eine weitere Reihe ohne Zuziehung der Kirchenvorsteher erfolgter und obrigkeitlich genehmigter Erbverpachtungen dargethan würde." Außerdem sei jene Praxis bereits zu Anfang dieses Jahrhunderts einer anderen durchaus gewichen.

Vor allen Dingen ist zu bemerken, daß die „Praxis", von welcher in dieser Entscheidung die Rede ist, ganz verschieden von der Praxis, die wir in den Entscheidungen Nr. 1, 2 und 3 kennen lernten und weiterhin kennen lernen werden, kein Gerichtsgebrauch, ja weiter kein Gebrauch einer rechtsprechenden Behörde ist. Die kirchliche Oberbehörde kann die Bestätigung des Vertrages geben oder versagen, aber indem sie dabei als Aufsichtsbehörde handelt, ist sie gewisser Maßen Partei, nicht Richter. Wir haben also hier den Fall, daß ein Rechtssatz längere Zeit hindurch von verschiedenen Vertretern

einer hierbei als Partei fungirenden Behörde geübt worden ist. Es bedarf übrigens keines Beweises, daß im vorliegenden Fall das behauptete Gewohnheitsrecht auch noch von anderen Personen außer der Oberkirchenbehörde angewendet ist, nämlich offenbar auch von allen denen, welche die betr. Erbpachtsverträge ohne Zuziehung der Kirchenvorsteher mit einander abgeschlossen haben, von den betr. Pfarrern und den Pächtern. Die Entscheidung des Reichsgerichts verlangt nun zur Annahme des Gewohnheitsrechts „eine allgemeine Rechtsüberzeugung des in Betracht kommenden Kreises oder der Gesammtheit der Betheiligten"; betheiligt aber sind in unserm Falle vor allem die Verpächter, die Pächter, die Aufsichtsbehörde; und daß dritte etwa interessirte Personen die betr. Verträge als ungiltig behandelt hätten, erhellt nicht.

Trotzdem sollen nun nach dem Reichsgericht diese Handlungen die Annahme eines Gewohnheitsrechts nicht rechtfertigen. Warum nicht? Das Reichtsgericht macht hier einen Unterschied zwischen der Praxis, die „lediglich auf wissenschaftlicher Auffassung des gesetzlichen Rechts beruht", und der, welche „Ausdruck einer allgemeinen Rechtsüberzeugung des in Betracht kommenden Kreises" u. s. w. ist.

Dieser Gegensatz ist nicht klar; es kann zweierlei mit ihm gemeint sein. Entweder: jene Praxis ist kein Gewohnheitsrecht, weil in ihr nur die Ueberzeugung Einiger, nicht die allgemeine Ueberzeugung erscheint; dann wäre die Berufung auf den Rechtsirrthum wohl gleichgiltig, denn auch die allgemeine Ueberzeugung kann auf Rechtsirrthum beruhen und bildete dann doch Gewohnheitsrecht. Oder: jene Praxis ist kein Gewohnheitsrecht, weil sie auf Rechtsirrthum beruht; dann würde aber auch die allgemeine Ueberzeugung, falls sie auf Rechtsirrthum beruhte, kein Gewohnheitsrecht bilden. Beides ist wohl nicht die Meinung des Reichsgerichts, dieses denkt wohl vielmehr, daß eine auf Rechtsirrthum beruhende Ueberzeugung keine wirkliche Ueberzeugung, wie die Lehre vom Gewohnheitsrecht sie erfordert, sei.

„Rechtsüberzeugung" wäre dann auch hier in dem eigenthümlichen Puchta-Savigny'schen Sinn genommen, welchen ich

weiterhin noch besprechen werde. Ob das Reichsgericht die Uebung des Gewohnheitsrechts als Entstehungserforderniß oder bloß als Erkenntnißquelle ansieht, wird nicht klar, da Windscheid und Stobbe, auf welche sich das Reichsgericht beruft, in dieser Hinsicht verschiedener Ansicht sind; die gebrauchten Ausdrücke (die Uebung „rechtfertigt" die Annahme eines ihr entsprechenden wirklichen Gewohnheitsrechts) lassen eher auf die letztere Ansicht schließen.

In dieser Entscheidung sind demnach folgende Sätze ausgesprochen:

1) Eine aus Irrthum über das gesetzliche Recht hervorgehende Gewohnheit beweist (oder bildet) kein Gewohnheitsrecht. Ob der Irrthum über schon gebildetes Gewohnheitsrecht gleiche Bedeutung hat, ist nicht gesagt.

2) Das Gewohnheitsrecht beruht auf der allgemeinen Rechtsüberzeugung, welche übrigens durch jene auf Irrthum beruhende Gewohnheit hervorgerufen werden (und auch wohl neben jenem Irrthum vorhanden sein?) kann.

6. Entscheidung vom 26. November 1880, III. Civilsenat. (Entsch. III. Nr. 50, S. 174 ff.)

In dem hier mitgetheilten Falle ist die Entscheidung des Rechtsstreits davon abhängig, ob das privilegirte Pfandrecht, welches der Frau wegen ihrer Dotalforderung an dem Vermögen ihres Gatten zusteht, einer späteren sog. reservirten Kaufgeldshypothek, d. h. dem Pfandrecht, welches der Mann bei Ankauf eines Grundstücks dem Verkäufer für dessen Kaufgeldforderung an dem Grundstück bestellt hat, vorgehe oder nicht. Das Reichsgericht hat ein Nein ausgesprochen. „Wenn es auch immerhin sehr wohl möglich ist, daß Justinian dem privilegium dotis eine weiterreichende Tragweite hat geben wollen, wodurch es auch den Vorrang gewonnen hätte vor der reservirten Hypothek", so handelt es sich doch „jedenfalls keineswegs um eine völlig zweifellose Frage der Auslegung. Und eben daher wird man auch der Entscheidung, welche diese Frage durch Jahrhunderte hindurch in der Rechtsprechung der deutschen Gerichte gefunden hat, theoretischen Bedenken gegen-

über ausschlaggebende Bedeutung beilegen müssen, zumal von dieser Gerichtspraxis behauptet werden darf, nicht nur, daß ihr das Rechtsgefühl entschieden zur Seite steht, sondern insbesondere auch, daß ihr langer Bestand dem Verkehr die Sicherheit gegeben, daß man es mit einem feststehenden Grundsatze zu thun habe, der unbedenklich bei Vertragsabschlüssen zur Grundlage genommen werden dürfe."

So sehr man auch dieser Entscheidung zustimmen kann, so steht dieselbe doch meines Erachtens in einem unlöslichen Widerspruch mit den bisher besprochenen Entscheidungen.

Vor Allem mit dem, was in demselben Bande S. 212 in der unter Nr. 1 mitgetheilten Entscheidung gesagt ist. Dort wird der hier vertheidigte Grundsatz ausdrücklich und ganz allgemein zurückgewiesen, der Grundsatz nämlich, „daß ein lange Zeit hindurch festgehaltener Gerichtsgebrauch ohne Rücksicht darauf, ob er ein Gewohnheitsrecht dokumentire oder lediglich auf einem Mißverständniß der Gesetze beruhe, stets rechtsverbindlich werde, falls nicht die mißverstandenen Gesetze klar seien". Dies würde „jeden Einfluß des Fortschrittes der Wissenschaft auf die Praxis ausschließen". „Denn mag ein Gesetz auch noch so klar sein, so wird man immer aus dem Umstande, daß es früher mißverstanden ist, den Beweis seiner Unklarheit entnehmen . . . Damit wäre dann die Aenderung einer auf Rechtsirrthum beruhenden langen und konstanten Praxis überhaupt ausgeschlossen."

In der That ist nur dieser Grundsatz und nicht der in der mitgetheilten Entscheidung Nr. 6 den bisher ermittelten Grundsätzen des Reichsgerichts über Irrthum beim Gewohnheitsrecht konform. Denn falls wirklich Justinians Bestimmung den von der Praxis befolgten Satz *nicht* enthielt, so beruhte diese Praxis doch wohl auf irrthümlicher Auffassung des geltenden Rechts, war also nach der in den anderen Entscheidungen des Reichsgerichts aufgestellten Ansicht nicht fähig, ein Gewohnheitsrecht zu bilden; das Reichsgericht durfte also, um den anderen Entscheidungen konform zu entscheiden, auch hier das Argument der „langen Praxis" durchaus nicht gebrauchen, sondern mußte *lediglich* auf den wahren Inhalt

der betr. römischen Bestimmung zurückgehen; wenn man jetzt im Verkehr darüber sicher ist, daß ein bereits feststehender Grundsatz vorliege, so kann auch das kein Argument sein: denn wenn jene Praxis auf Irrthum beruhte, so bildete sich aus ihr ein Rechtssatz nicht; dann aber war auch jene Verkehrsmeinung, welche den betr. Satz als feststehenden Satz, d. h. also doch als Rechtssatz ansah, ebenfalls ein Irrthum, und auch damit war die Bildung eines Gewohnheitsrechts ausgeschlossen. Welchen Unterschied es für die Frage nach dem Einfluß des Irrthums auf die Bildung eines Gewohnheitsrechts machen soll, ob der Sinn des Gesetzes klar oder ob er zweifelhaft war, ist gar nicht abzusehen: kann auf Irrthum beruhende Praxis ein Gewohnheitsrecht nicht begründen, so muß, um ein Gewohnheitsrecht annehmen zu können, auch feststehen, daß es nicht auf Irrthum beruht habe; es ist also in jedem Fall nöthig, die Entscheidung lediglich aus dem Inhalt des durch die Praxis interpretirten Gesetzes und nicht aus der Praxis selbst zu entnehmen.

Diese Entscheidung des Reichsgerichts enthält also den Satz:

Bei zweifelhafter Auslegung eines Gesetzes kann durch die Praxis, selbst wenn diese auf Irrthum beruht, ein Gewohnheitsrecht gebildet werden.

7. Entscheidung vom 2. März 1880, III. Civilsenat. (Entsch. I. Nr. 120, S. 324 ff.)

Das A.-G. Cassel hat angenommen, daß durch die Entwickelung des hessischen Eherechts und durch die ihr gemäße konstante Rechtsprechung der hessischen Gerichte der Grundsatz festgestellt sei, daß in der wider den (beklagten) Ehemann erkannten mehrjährigen (in specie $4^1/_2$jährigen) Zuchthausstrafe oder in der Begehung der durch dieselbe geahndeten Verbrechen (in specie 13 Wechselfälschungen und einfacher Bankerott) ein zulässiger Scheidungsgrund nicht gefunden werden könne. Das Reichsgericht hat dieses Erkenntniß umgestoßen. Entscheidungsquelle seien allerdings „die Grundsätze des gemeinen protestantischen Kirchenrechts in der durch die ehemalige hessische Konsistorialpraxis und die Rechtsübung der bürgerlichen Gerichte

gewonnenen Ausbildung", und richtig sei es, daß „die Praxis wegen Verbrechen des einen Ehegatten immer nur dann auf Trennung der Ehe dem Bande nach erkannt habe, wenn der Schuldige eine lebenslängliche Freiheitsstrafe erlitt. Allein diesem Gerichtsgebrauche ist keine, die künftige Rechtsprechung bindende rechtserzeugende Wirkung beizulegen." „Als eine wirkliche partikulare Rechtsbildung können die seither im Umfange des ehemaligen Kurstaates in Betreff des Ehescheidungsrechtes der Protestanten beobachteten Normen nicht angesehen werden. Die Praxis dieses Rechtsgebiets hat ihre positive Grundlage in den Worten der heil. Schrift und in dem . . . Grundsatz der freien . . . Auslegung der Schrift gefunden, und ist sich dieser ihrer Grundlage auch fortwährend bewußt geblieben. Ein besonderes (kurhessisches) Ehescheidungsrecht auszubilden, haben die ehemaligen hessischen Konsistorien und Gerichte niemals beabsichtigt" . . . (S. 326).

In dieser Entscheidung müssen zwei Aufstellungen gefunden werden:

1) Eine partikulare Praxis, welche auf irrthümlicher Auffassung des bestehenden Rechts — es handelt sich nicht um Mißverständniß einer einzelnen gesetzlichen Bestimmung, die betr. Uebung soll vielmehr dem Geiste des protestantischen Eherechts (S. 327) zuwider sein — beruhte, ist zur Bildung eines partikularen Gewohnheitsrechts nicht geeignet.

Ich nehme auch hier — konform den obigen Entscheidungen Nr. 1, 2, 3 — an, daß der Grund der Verneinung des Gewohnheitsrechts nicht darin liegt, daß bloß eine Praxis der Konsistorien und Gerichte vorhanden ist, sondern darin, daß diese Praxis auf Irrthum beruht, und finde demnach auch hier den allgemeinen Grundsatz: Rechtsirrthum hindert die Entstehung des Gewohnheitsrechts. Eine nicht irrthümliche Praxis hätte Gewohnheitsrecht produciren können, dazu aber wäre, wie das Reichsgericht sagt,

2) die Absicht der Rechtsprechenden (der Konsistorien und Gerichte), ein besonderes partikulares Recht auszubilden, erfordert (S. 326 Z. 12—14), d. h. also verallgemeinert: die zur Bildung eines Gewohnheitsrechts geeignete Uebung muß

in Kenntniß davon, daß ihr keine Norm des vorhandenen Rechts zur Seite stehe, erfolgen. Dieser höchst auffallende Satz steht in offenem Widerspruch zu dem Inhalt der unter Nr. 4 mitgetheilten Erker-Entscheidung und zu dem, was in den beiden folgenden Entscheidungen gesagt ist.

8. Entscheidung vom 5. Juli 1881, III. Civilsenat. (Entsch. V. Nr. 34, S. 131 ff.)

In dieser hier nicht näher zu besprechenden Entscheidung, welche übrigens nach manchen Richtungen hin eingehende Kritik verdiente, handelt es sich um die Frage, ob durch Gerichtsgebrauch ein bestimmter abändernder Satz Gewohnheitsrechtssatz geworden sei. Das Reichsgericht verneint dies, „denn der Richter hat nach den Gesetzen zu verfahren, darf aber ebensowenig willkürlich andere Formen, als die gesetzlichen, bei der Mitwirkung zu Rechtsgeschäften zur Anwendung bringen, als er nach anderen wie den bestehenden Rechtsnormen Recht sprechen darf" (S. 135). Allerdings sagt das Reichsgericht, der Richter könne sich auch „zum Träger der Rechtsüberzeugung des Volks machen", der Gerichtsgebrauch sei dann nur „die Form, in welcher ein wahres Gewohnheitsrecht zum Ausdruck gelange" (S. 135); indeß scheint mir dieß doch im Zusammenhalt mit dem vorigen Satz deutlich zu ergeben, daß der Richter auch in diesem Fall nur einem von ihm als bereits bestehend angesehenen Rechtssatze folgt, denn er darf ja eben nicht „nach anderen als den bestehenden Rechtsnormen Recht sprechen".

Das zu 7 besprochene Erkenntniß aber verlangt zur Bildung des Gewohnheitsrechts gerade, daß der Richter den Willen haben müsse, abweichendes (partikulares) Recht zu bilden, daß er also klarbewußt nach anderen als den bestehenden Rechtsnormen Recht spreche.

Der Widerspruch liegt auf der Hand. Ebenso deutlich verwirft diesen letzteren Satz die

9. Entscheidung vom 8. Februar 1881, III. Civilsenat. (Seufferts Archiv Bd. 36 Nr. 173, S. 258 fg.)

Diese Entscheidung betrifft den Unterschied zwischen Handelsusance und Gewohnheitsrecht. „Der Ausdruck Usance ist

nicht gleichbedeutend mit Gewohnheitsrecht. Er bezeichnet vielmehr auch diejenigen Handelsgebräuche, welche thatsächlich geübt werden, ohne die Ueberzeugung, daß sie einem vorhandenen Rechtssatze entsprechen." Der Vorrichter versteht (fälschlich) Usance im Sinne von Gewohnheitsrecht. Denn „er verlangt den Nachweis von Umständen, welche ergeben, daß das Verlangen bezw. Bezahlen der festen Vergütung in Anerkennung eines desfallsigen rechtlichen Anspruchs bezw. einer desfallsigen rechtlichen Verpflichtung stattgefunden hat".

Daraus folgt meines Erachtens, daß das Reichsgericht für den Beweis eines wahren Gewohnheitsrechts allerdings den Nachweis verlangt, daß die Uebung in der Ueberzeugung geschehen sein müsse, daß sie einem vorhandenen Rechtssatze entspreche. —

Ueber die Richtigkeit der vorgeführten reichsgerichtlichen Entscheidungen im Resultat ein Urtheil zu fällen, ist vielfach nicht möglich. Das mitgetheilte Material reicht meist nicht aus, um zu beurtheilen, ob wirklich alle Erfordernisse eines giltigen Gewohnheitsrechts vorlagen oder nicht, insbesondere ob die behauptete Praxis der Behörde zur Annahme eines Gewohnheitsrechts genügte — denn auch nach meiner Meinung bildet nicht jeder Gerichtsgebrauch Gewohnheitsrecht. Indeß kommt es auf die Richtigkeit der Entscheidungen im Resultat hier auch nicht an, wo es sich nur um die Kritik der in jenen Entscheidungen niedergelegten Grundsätze handelt.

Diese Grundsätze sind nun unter sich nicht konform. Die gemachte Zusammenstellung ergibt, daß das Reichsgericht bald jeden Irrthum, bald nur einen bestimmt qualificirten Irrthum als Hinderungsgrund der Bildung eines Gewohnheitsrechts ansieht. Am weitesten gehen die Erkenntnisse Nr. 1 und 2: jeder Irrthum hindert, also jedenfalls jeder Irrthum über das objective Recht, sei es über die Existenz eines Rechtssatzes überhaupt, sei es nur über den näheren Inhalt eines bestehenden Rechtssatzes. Ebendasselbe spricht auch Entscheidung Nr. 7 aus; und nach Entscheidung Nr. 3 hindert wenigstens der Irrthum über den näheren Inhalt eines bestehenden Rechtssatzes, nach Nr. 5 der Irrthum über

das gesetzliche Recht — ob auch ein anderer, bleibt zweifelhaft. Nach dem wahrscheinlichen Sinn der Entscheidung Nr. 4 hindert indeß nur der Irrthum in der Auslegung eines bestimmten geschriebenen Rechtssatzes; Entscheidung Nr. 6 beschränkt jenen Satz auf Fälle wo der Inhalt des Gesetzes zweifellos war.

Entscheidung Nr. 4, 8 und 9 stellen als Erforderniß für die Bildung eines Gewohnheitsrechts auf, daß die Uebung in der Ueberzeugung dem geltenden Recht gemäß zu handeln geschehen sei; Entscheidung Nr. 7 erfordert (bei partikularem Gewohnheitsrecht) die entgegengesetzte Ueberzeugung.

II. Stand der Frage.

Die eigenthümliche Beobachtung, daß unser höchster Gerichtshof in kurzer Zeit bei einer praktisch so wichtigen Frage nicht ganz übereinstimmende Entscheidungen getroffen hat, fordert zum Nachdenken über die Gründe dieser Erscheinung auf. Sie liegen gewiß in der Unfertigkeit der wissenschaftlichen Theorie nicht nur bezüglich dieser Specialfrage, sondern bezüglich der Grundlagen der ganzen Lehre.

Wenige Materien des Pandektenrechts sind in so kurzer Zeit einem so starken Wechsel der Stimmungen und Meinungen ausgesetzt gewesen wie neuerlich die Lehre vom Gewohnheitsrecht. Ueberhaupt ist gerade beim Gewohnheitsrecht mehr als bei anderen Untersuchungsobjecten die Rechtstheorie desselben von der Werthschätzung, die ihm zu Theil wurde, beeinflußt worden. Und diese Werthschätzung schwankt schon in sehr früher Zeit. Eine solche Schwankung ist bereits zwischen den Schriften der classischen Jurisprudenz und den Kaisergesetzen zu bemerken. In der frühesten Receptionszeit[1]) finden wir sodann neben der Strömung für das Gewohnheitsrecht eine starke entgegengesetzte Strömung, und beide ziehen sich durch das ganze Mittelalter hin. Es wäre höchst dankenswerth, wenn einmal die Geschichte der Werthschätzung und damit der Rechtstheorie

1) Vgl. Fitting, Brachylogus S. 41 N. 90, vgl. N. 74.

des Gewohnheitsrechts gerade durch das Mittelalter hindurch eingehend verfolgt würde[2]). Man könnte sicher sein, damit ein interessantestes Stück Geschichte der Rechtsideen in der Receptionszeit zu erhalten, denn jene Lehre stand geschichtlich in nahem Zusammenhange mit der Lehre vom Staatsvertrag und von der Volkssouveränetät, mit der mittelalterlichen Korporationslehre und dem Gegensatz der ghibellinischen und curialistischen Richtung.

Bekannt ist es, wie die Lehre vom Gewohnheitsrecht nach der trockenen, geistlosen und etwas stiefmütterlichen Behandlung, welche ihr bis in den Anfang unseres Jahrhunderts hinein zu Theil wurde, eine glänzende Auferstehung in der historischen Schule feierte. Ueberschätzungen und Uebertreibungen fehlten dabei nicht. Die jetzt weitaus herrschende Lehre hält an den Puchta-Savigny'schen Grundideen nur mit einer großen Modification fest. Indeß auch eine weitergehende Opposition ist nicht ausgeblieben [Ihering[3]), R. Schmid, Ernst Meier, Harum u. A.[4])], ihren schärfsten Ausdruck hat sie wohl letzthin in Bruns'[5]) bekanntem Urtheil gefunden, „daß Savigny und Puchta den ganzen Begriff (des Gewohnheitsrechts) eigentlich vernichtet hätten", und daß Stahl „die Abgötterei mit dem Gewohnheitsrechte, die schon Puchta und Savigny angefangen hätten, auf die Spitze getrieben habe".

Zu einer befriedigenden Neugestaltung ist man aber, wie auch Manche[6]) eingestehen, noch nicht gekommen. Daher denn auch in Specialfragen die größte Vielfältigkeit der Meinungen herrscht. Bezüglich der Specialfrage vom Irrthum gibt die Judicatur des Reichsgerichts ein freilich auch noch lange nicht vollständiges Bild von der Zerrissenheit der Theorie. Viele

2) Nur eine Skizze bei Puchta, Gewohnheitsrecht, besonders Bd. I. Buch 2. Kap. 2. 3. Viel Material bei Gierke, Johannes Althusius, und Genossenschaftsrecht Bd. III.; einiges auch bei Karsten, die Lehre vom Vertrage S. 87 ff., 146 ff. u. s. w.

3) Geist des röm. Rechts II 1. § 25, vgl. auch Kampf ums Recht 3. Aufl. S. 22—35.

4) S. Abschnitt XIV.

5) v. Holtzendorffs Encyclopädie 4. Aufl. S. 399.

6) Z. B. Dahn, Rechtsphilosophische Studien S. 234.

Schriftsteller sprechen auch heute noch den Satz, Gewohnheitsrecht dürfe nicht auf Irrthum beruhen, ganz allgemein aus, Andere leugnen ihn ebenso allgemein. Wieder andere beschränken und verclausuliren ihn, zum Theil in willkürlicher Weise, so z. B. dahin, eine langdauernde Uebung, welche auf falscher Interpretation eines geschriebenen Gesetzes beruhe, producire kein Gewohnheitsrecht.

Bei den Meisten, die jenen Satz sei es billigend sei es ablehnend aussprechen, fehlt es an einer klaren Begrenzung des Sinns, in dem er verstanden werden soll, oft auch an einer Vorstellung seiner Tragweite. Das erklärt sich aus der Entstehung der ganzen Frage. Dieselbe wäre wohl nie discutirt worden, wenn nicht eine Stelle der Pandekten den Irrthum beim Gewohnheitsrecht erwähnt hätte. Diese Stelle spricht einfach von einem non ratione introductum sed errore primum deinde consuetudine optentum, und so sprach man und spricht man noch heute vielfach ganz allgemein vom Irrthum beim Gewohnheitsrecht. Indeß ergibt sich auf den ersten Blick, daß der Satz, Irrthum schließe das Gewohnheitsrecht aus, vollständig bejaht viel zu weit ist — denn es gibt gewiß z. B. bei den einzelnen Uebungsakten Irrthum, der ganz unschädlich ist; andererseits aber auch, daß seine vollständige Verneinung viel zu weit geht, denn es kann z. B. gewiß vorkommen, daß eine Handlung wegen Irrthums über die wesentlichen Thatumstände des Falls unfähig ist als Uebung eines bestimmten Gewohnheitsrechts zu gelten. Es bedarf also jedenfalls einer genaueren Begrenzung des Satzes.

Gewohnheitsrecht soll nicht auf Irrthum beruhen können: d. h. ein Gewohnheitsrecht bildet sich nicht, wo Irrthum vorhanden ist. Aber ein Irrthum worüber? wobei? und in welcher Funktion, d. h. psychologischen Bedeutung?

Daß die Meisten gerade über diesen letzten Punkt keine oder nur unklare Auskunft geben, liegt wohl in der mangelnden Klarheit über die psychologischen Beziehungen des Irrthums überhaupt. Viele denken an einen Irrthum der einen anderen psychischen Akt *verursacht*, motivirt — und speciell bei dem motivirenden Irrthum machen Einige wieder den Unterschied,

ob der Irrthum bloß veranlassend oder wahrhaft verursachend sei; Andere denken umgekehrt an einen Irrthum, dessen Vorhandensein Erkenntnißgrund für das Nichtvorhandensein eines anderen psychischen Aktes ist, kürzer: an einen ausschließenden Irrthum; wieder Andere fassen den Irrthum als Irrigkeit, d. h. als Eigenschaft eines anderen psychischen Akts.

Irrthum wobei? d. h. welches sind die psychischen Akte, als deren Ursache oder Negation oder Qualifikation der Irrthum betrachtet wird? Die Antwort muß je nach den einzelnen, über die Erfordernisse des Gewohnheitsrechts aufgestellten Theorien verschieden ausfallen. Viele besprechen die Beziehung des Irrthums zum Willensakt bei den einzelnen Uebungshandlungen, Andere denken an den Irrthum bei dem — an sich thatlosen — Volkswillen. Wieder andere denken an den Irrthum bei der Ueberzeugung sei es der Einzelnen sei es der Gesammtheit.

Endlich: Irrthum worüber? Viele sprechen schlechthin von „Irrthum", weil auch die erwähnte Pandektenstelle von error ohne weitere Beschränkung spricht. Indeß meinen sie doch nicht jeden Irrthum, sondern nur Irrthum bestimmten Inhalts. Welchen? Auf die Beantwortung dieser Frage ist es wiederum nicht ohne Einfluß, in Beziehung auf welchen psychischen Akt, also wobei man den Irrthum betrachtet.

Manche Neuere[7]) denken an einen Irrthum bezüglich der „Rationabilität" des betr. Satzes und wenden dieß dann, je nach ihrer Auffassung dessen, was unter Rationabilität zu verstehen ist, verschieden. Hie und da findet man auch wohl einen Irrthum darüber erwähnt, ob der betr. Satz den allgemeinen Bedürfnissen entspreche. Andere wieder denken an einen Irrthum über die Thatumstände bei dem einzelnen Uebungsakt. Wächter spricht davon, daß die Handelnden einen Satz befolgen, „weil sie ihn irrig im bestehenden Rechte für begründet halten oder aus anderen unrichtigen Prämissen". Die Meisten meinen, auch wenn sie den Satz allgemein aus-

7) Ueber ältere Schriftsteller vergl. Puchta, Gewohnheitsrecht II. S. 62—64.

ſprechen, doch nur einen Irrthum in der Erkenntniß des Rechts, alſo den Irrthum, daß der betr. Satz überhaupt Recht ſei, enger und beſtimmter Viele den Irrthum, daß der betr. Satz ſchon „anderswoher", durch ein ſchon anerkanntes Gewohnheitsrecht oder ein Geſetz Recht geworden ſei, und unterſuchen nun, wie weit ein ſolcher Irrthum, ſei es mit Hinſicht auf die allgemeinen pſychiſchen Erforderniſſe (z. B. Volksüberzeugung, Wille der Geſammtheit) ſei es mit Hinſicht auf die einzelnen Uebungsakte, Einfluß hat auf die Beantwortung der Frage, ob ein Gewohnheitsrecht vorhanden ſei.

Auch die mitgetheilten Entſcheidungen des Reichsgerichts beziehen ſich alle wohl nur auf dieſen letzten Punkt.

Es wäre nun nutzlos und thöricht, unterſuchen zu wollen, welchen Einfluß irgend ein Irrthum irgend einer Art und irgend eines Inhalts überhaupt irgendwie auf die Bildung eines Gewohnheitsrechts üben kann. Dieſe Frage in dieſem Umfang wäre juriſtiſch zum größten Theil intereſſelos. Mancher Irrthum, von dem die Schriftſteller ſprechen, iſt bei Licht betrachtet nichts anderes als ein Rechtsirrthum, ſo z. B. der Irrthum, von dem Wächter in der oben citirten Aeußerung ſpricht. Daß bei den einzelnen Uebungshandlungen Irrthum verſchiedenſten Inhalts vorkommen kann, iſt zweifellos; eine Theorie darüber würde aber in der Hauptſache nur die Uebertragung der allgemeinen pſychologiſchen Grundſätze über den Einfluß des Irrthums auf Handlungen ſein.

Aus Gründen, die erſt durch die Darſtellung des Begriffs des Gewohnheitsrechts ſelbſt klar werden können, muß behauptet werden, daß für die Gewohnheitsrechtslehre vitalen Werth und eine ihr eigenthümliche juriſtiſche Bedeutung nur die folgende Frage hat, auf welche ich meine Unterſuchung beſchränke und die ich dahin formulire:

> welchen Einfluß hat auf die Entſtehung eines Gewohnheitsrechtsſatzes der Irrthum, daß dieſer Satz bereits Recht ſei (Irrthum über das objective Recht, kürzer Rechtsirrthum)? Iſt die Behauptung richtig, daß Rechtsirrthum das Gewohnheitsrecht ausſchließe?

III. Die Quellen.

Man wird, wie bei jedem Satz, der als ein Satz positiven Rechtens behauptet wird, auch bei diesem Satz zuerst nach der Rechtsquelle fragen, durch die er eingeführt ist. Seine Vertheidiger nennen als solche lediglich[8]) eine Stelle des römischen Rechts, die l. 39 D. de leg. 1, 3 von Celsus. Bekanntlich hat nun Savigny (System I. § 27) bestritten, daß überhaupt die römischen Rechtsquellen in Fragen aus der Theorie der objektiven Rechtsnormen irgend eine Geltung bei uns hätten: sie seien, da sie einen Theil des römischen Staatsrechts gebildet hätten, bei uns nicht mit recipirt. Mit dieser Savigny'schen Ansicht, welche, wie man weiß, auch heute noch bedeutende Anhänger zählt[9]), fiele also die einzige Quellenstütze für jenen Satz dahin.

Da indeß nicht Alle jene Savigny'sche Meinung theilen, so soll die Richtigkeit derselben hier dahingestellt bleiben, und untersucht werden, ob in der That das römische Recht den besprochenen Satz enthält.

Die l. 39 cit. lautet:

> Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non optinet.

Auch das Reichsgericht hat sich in der zu 1 besprochenen Entscheidung (freilich auch nur in dieser) auf den „klaren Wortlaut" dieser Stelle gestützt. Bei der eingreifenden Wichtigkeit, welche der vom Reichsgericht angenommene Grundsatz hat, wäre indeß eine genaue Interpretirung wohl nothwendig gewesen; von einem klaren, der Interpretationskunst garnicht zugänglichen Wortlaut kann doch bei einer Stelle keine Rede

---

8) Auch wohl das kanonische Recht ist angeführt worden, und zwar c. 4—8 D. 8; s. Weisse, opusc. academ. I. S. 89 und Gesterding, Ausbeute V 2, S. 121 N. 2. Man ist heute wohl einig, daß diese Stellen keine Stütze bieten. S. auch Ernst Meier, Rechtsbildung S. 195, 197—198.

9) Nachweis bei Adickes, zur Lehre von den Rechtsquellen S. 1 N. 1. Hinzuzufügen: Mommsen, Beiträge III. S. 105 N. 20.

ſein, welche, wie bekanntlich dieſe, ſeit jeher von Theoretikern wie Praktikern lebhaft umſtritten iſt.

Es handelt ſich ſeit alter Zeit beſonders (nicht ausſchließlich) um drei Interpretationen.

Die Einen verſtehen die Stelle wie das Reichsgericht: auf Irrthum beruhende Gewohnheit bildet kein Recht. Dieſe Auslegung iſt unmöglich. Aus zwei Gründen unmöglich. Zuerſt deßhalb, weil die Stelle, ſo verſtanden, weit über das hinausgeht, was irgend Einer wird zugeben wollen. Denn wenn die Stelle dieſen Sinn hat, dann gilt ſie unbeſchränkt für jede Art von Irrthum, nicht bloß für Rechtsirrthum, und wollte man ſie auch auf dieſen beſchränken, ſo gilt ſie für ihn doch ohne jede weitere Klauſel. Insbeſondere dürfte man dann nicht den Satz aufſtellen, daß ein Gewohnheitsrecht, obſchon die Uebung zuerſt auf Irrthum beruht habe, ſich giltig bilden könne, ſofern nur ſpäter die Uebung nicht mehr aus dem Grunde des Irrthums ſondern aus ſelbſtändiger Rechtsüberzeugung erfolgt ſei. Denn gerade auf dieſen Fall, den ſo Viele ausnehmen wollen, bezöge ſich ja der Wortlaut der Stelle recht eigentlich: was zuerſt aus Irrthum, ſpäter consuetudine optentum est. Ohne irgend eine, namentlich ohne dieſe letztere Klauſel wird aber Niemand den Satz gelten laſſen wollen: es würde ſonſt, wie weiterhin nachgewieſen werden ſoll, ganz zweifelloſen Gewohnheitsrechten ihre Kraft abgeſprochen werden müſſen.

Aber auch rein ſprachliche Gründe drängen, ganz abgeſehen von der Güte des exegetiſchen Reſultats, zu einer anderen Interpretation.

Vor allen Dingen weiß jene Auslegung mit den Worten non ratione nichts anzufangen; ſie behandelt ſie wie bedeutungsloſe Flickworte. Hier ſetzt ſeit der Zeit der Gloſſe eine andere Schaar von Auslegern ein. Man macht darauf aufmerkſam, daß nicht jedem auf Irrthum beruhenden Gewohnheitsrecht die Kraft abgeſprochen werde, ſondern nur dem, das non ratione introductum ſei. Indem man nun unter ratio hier daſſelbe verſteht wie in der bekannten l. 2 C. quae sit l. cons. 8, 52 (»ut aut rationem vincat . . .«), findet

man in der Stelle nur den bekannten Satz, daß irrationables Gewohnheitsrecht keine Kraft habe. Damit ist der Satz, daß Gewohnheitsrecht im Uebrigen auf Irrthum beruhen kann, gerettet, und es ist also im Resultat gleichgiltig, ob nicht überwiegende Gründe für eine noch dritte Auslegung sprechen. Dieß ist meines Erachtens allerdings der Fall; denn es scheint mir nicht wohl angänglich, ratio hier anders zu übersetzen als in der l. 14, 15 und 16 desselben Titels de leg.

In dem Schlußsatz: in aliis similibus non optinet können die alia similia nicht als gleiche, d. h. direkt unter die bisher gewohnheitlich geübte Norm subsumirbare Fälle aufgefaßt werden. Denn von der bisher geübten Norm heißt es ausdrücklich: consuetudine optentum est, sie hat kraft Gewohnheit bisher gegolten [10]). Wodurch soll sie nun plötzlich für durchaus gleichartige weitere Fälle ihre Geltung verlieren? Wenn die Norm bisher gegolten hat, d. h. Recht gewesen ist (optentum est), so gilt sie auch (optinet) bis zu ihrer Abänderung durch ein Gesetz oder ein neues Gewohnheitsrecht weiter.

Man kann nun optinere freilich auch mit „anwenden" übersetzen. Dann wird die l. 39 indeß geradezu unsinnig: die Norm, die bisher gewohnheitlich angewendet ist, wird in anderen ähnlichen Fällen nicht angewendet. Wenn hier ein Verbot ausgesprochen werden sollte, so müßte es heißen: sie soll künftighin nicht angewendet werden, (non optinendum est [11]). Der Unterschied zwischen Vergangenheit und Zukunft ist in der Stelle gar nicht zu finden [12]).

Optinere endlich in demselben kurzen Satze einmal mit

---

10) Vgl. auch: consuetudo quae retro (= früher) optinuit in l. 7 pr. D. de off. procons. 1, 16.

11) Vgl. auch optinendum est in l. 13 D. de doli m. exc. 44, 4 und l. 34 D. de j. f. 49, 14.

12) Uebrigens: übersetzt man optentum est mit „hat gegolten" oder „hat Geltung erlangt", so muß man zu den Worten sed errore primum das vorhergehende Verbum introductum est ergänzen; übersetzt man optentum est mit „ist angewendet worden", so kann man zu sed errore primum auch das nachfolgende Verbum optentum est ergänzen.

anwenden, das zweite Mal mit gelten überſetzen, gäbe freilich den gewünſchten Sinn, wäre aber doch ganz willkürlich.

Dazu kommt aber als ausſchlaggebend gegen dieſe drei Ueberſetzungsmöglichkeiten der klare Wortſinn von alia similia. Mit alia similia können nicht gleiche, ſondern nur analoge Fälle gemeint ſein. Das ergibt ſich ſchon allein durch eine Vergleichung dieſer similia (und noch dazu alia similia!) mit den similia der l. 12 eod. [13]). Die Stelle bejaht alſo ausdrücklich, daß das non ratione sed errore introductum allerdings gilt, aber nur auf dem Gebiet, für das ſich dieſe Norm gebildet hat, nicht auch für analoge Fälle.

Nun ergibt ſich auch für die Worte non ratione eine prägnante Bedeutung. Das jus quod non ratione introductum est iſt das jus singulare, welches kurz vorher in demſelben Titel definirt iſt als das jus quod contra rationem juris receptum est (l. 14 h. t.), quod contra tenorem rationis introductum est (l. 16 h. t.). Solch anomales Recht iſt nach der l. 14 non producendum ad consequentias, und dieſer Satz findet offenbar hier ſeine Wiederholung. Man kann daran kaum zweifeln, wenn man den Titel im Zuſammenhange lieſt [14]).

Daß ſich aber ſolch finguläres, d. h. den Rechtsprinzipien widerſprechendes Gewohnheitsrecht bildet, wird hauptſächlich

---

13) S. auch l. 27 eod. und l. 67 (65) § 3 D. ad S. C. Treb. 36, 1: idque ex similitudine juris civilis vel honorarii constituendum est. Anders freilich similis in c. 12 pr. C. de leg. 1, 14.

14) L. 10, 11, 12, 13 ſagen, der geſchriebene Rechtsſatz könne nicht für alle denkbaren Fälle Vorſorge treffen, er bedürfe alſo der Ergänzung durch analoge Ausdehnung (man müſſe ad similia procedere, wie l. 12 ſagt). Dieſe analoge Ausdehnung iſt indeß bei dem Recht, quod contra rationem juris receptum est, nicht geſtattet (l. 14, 16). In l. 32 beginnt dann die Beſprechung des Gewohnheitsrechts; wiederum wird die analoge Ausdehnung ausdrücklich in l. 32 pr. zugelaſſen: id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est, et si qua in re hoc deficeret, wo alſo Lücken ſind, tunc quod proximum et consequens ei est (ei, d. h. doch wohl dem quod consuetudine inductum est.) Unſere l. 39 ſagt dann wiederum, daß dieſe analoge Ausdehnung (in aliis similibus) bei dem Gewohnheitsrecht, quod non ratione introductum ſei, nicht zuläſſig iſt.

ſeinen Grund in einem Irrthum über die ſinguläre Natur des geübten Satzes haben; daher ſpricht die l. 39 gerade von dem Fall irrthümlicher Bildung. Ja es liegt nahe in Verbindung mit den vorhergehenden Stellen[15]) die l. 39 ſpeciell von Bildung eines ſingulären Rechtsſatzes in Folge irrthümlicher Auslegung eines Geſetzes zu verſtehen.

Bei dieſer Auslegung tritt unſere Stelle in ſchönen Zuſammenhang mit der l. 14 ej. tit.; ſie iſt nicht ein bloßer Anwendungsfall ſondern eine Erweiterung derſelben. Wie Scharlach[16]) vor einiger Zeit in meines Erachtens überzeugender Weiſe nachgewieſen hat, verneint die l. 14 die Ausdehnbarkeit nicht jedes ſingulären Rechtsſatzes, ſondern nur eines ſolchen, der durch die römiſchen Juriſten kraft ihres wiſſenſchaftlichen Anſehens aus Utilitätsgründen recipirt worden iſt. Wie nahe ſich nun auch in Rom Juriſtenrecht und Gewohnheitsrecht ſtehen, iſt bekannt; die l. 39 ſpricht alſo dieſelbe Regel auch für auf Irrthum beruhende Gewohnheitsrechtsſätze aus, ſo daß beide leges zuſammen die Regel ergeben: Zwar iſt ein ſingulärer Rechtsſatz, wie jeder andere auch, analoger Ausdehnung fähig; nur wenn durch die bewußt Recht ſchaffende Thätigkeit der römiſchen Juriſten oder durch eine auf Irrthum, insbeſondere auf irrthümlicher Auslegung der Geſetze beruhende Gewohnheit ein ſonſtigen Rechtsgrundſätzen widerſprechender Ausnahmeſatz ſtatuirt worden iſt, darf er nicht weiter ausgedehnt werden[17]).

Die im Vorſtehenden begründete Auslegung der l. 39 wird im Reſultat von vielen neueren Juriſten getheilt. In

---

15) L. 37 und 38 ſprechen von ſtreitiger Interpretation eines Geſetzes und ſagen, die Uſualinterpretation ſolle hier entſcheiden.

16) Archiv für die civiliſtiſche Praxis, Bd. 62 S. 435 ff.

17) Uebrigens braucht ſich die l. 39 ihrem Wortlaut nach nicht nothwendig auf eine Norm zu beziehen, welche auch in ihrem Urſprung gewohnheitlicher Natur iſt; es könnte auch z. B. daran gedacht ſein, daß durch Irrthum der rechtsbildenden Juriſten (nicht durch bewußte Abweichung derſelben von der Rechtskonſequenz) ein ſingulärer Satz ſtatuirt und nachher, auch nach erkanntem Irrthum, doch gewohnheitlich beibehalten iſt.

der Note gebe ich einen Literaturnachweis über die Auslegung, welche die l. 39 in unserem Jahrhundert gefunden hat, soweit ich diese Literatur kenne; damit ist zugleich auch die Literatur für die Frage vom Einfluß des Rechtsirrthums selbst, freilich nicht vollständig gegeben. Die genannten Schriften werde ich weiterhin nur noch mit dem Namen der Autoren citiren [18]).

---

18) **1. Irrthum schließt das Gewohnheitsrecht aus** — mit mehr oder minder einengenden Beschränkungen. Gesterding, civilistisches Archiv III. S. 265, 1820, später geändert, s. unter Nr. 2. Weisse, opusc. academ. I. S. 88—89 (hierher?) 1829. Puchta, das Gewohnheitsrecht I. S. 99—102 (1828) und II. S. 62—67 (1837). Dieß Werk ist gemeint, wo ich künftig Puchta ohne nähere Angabe citire. Etwas anders (?) Pandekten § 13 N. n. Savigny, System I. S. 149 N. k., S. 175 N. g., S. 178 N. l. 1840. O.-A.-G. München, Erkenntniß vom 23. Juli 1847 in den Blättern für Rechtsanwendung XIII. S. 44 fg., (anders, für Auslegung 3, die Berichterstattung, bei Seuffert, Archiv I. 309 a. E.). Seuffert, Pandekten, 4 A. I. 59 N. 5. 1860. Holzschuher, Theorie und Casuistik, 3 A. I. S. 16 (? aber für Auslegung Nr. 6 eine „konstante Praxis") 1863. Böhlau, mecklenburgisches Landrecht I. S. 331. 1871. Roth, bayrisches Civilrecht I. § 9 bei und in N. 43. Sturm, Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit S. 21 fg. 1877. (alternativ für diese oder für Auslegung Nr. 3). v. Scheurl, Institutionen 7 A. § 6 N. 1 (wie es scheint). 1878. Windscheid, Pandekten, 5. A. § 16 N. 3. 1879. Roth, deutsches Privatrecht I. § 44 N. 31. 1880. Das Reichsgericht in der Entscheidung oben I. Nr. 1. 1880. — **2. Nur ein Irrthum in der Interpretation eines Gesetzes schließt das Gewohnheitsrecht aus.** Hübner, Berichtigungen und Zusätze zu den Institutionen Höpfners S. 164. 1801. (s. auch bei Nr. 7): und zwar nur, wenn das Gesetz klar, nicht dunkel ist. Gesterding, Ausbeute V. 2, S. 119—123, 141—143. 1836. Umgekehrt, nur wenn das Gesetz dunkel, nicht klar ist: Sintenis, Civilrecht 3 A. § 3, A. 42 (oder für Nr. 4). — **3. Irrationables Gewohnheitsrecht ist nichtig.** So nach dem Vorgang vieler Aelterer, s. Schulting, Notae ad h. l.: Guilleaume, Rechtslehre von der Gewohnheit. § 49. 1801 (oder für Nr. 6). Klötzer, Versuch eines Beitrags zur Revision der Theorie vom Gewohnheitsrecht. 1813. S. 134—138 (energisch.) C. F. E. Schmidt, Versuch einer Theorie des Gewohnheitsrechts. 1825. S. 73. Kall, Observ. de jure non scripto. 1828. S. 263. Mühlenbruch, doctr. Pand. ed. III. 1830. I. § 38 N. 10, ebenso in dem Lehrbuche des Pandektenrechts, 3. A. I. § 38 N. 12. 1839. und in Glücks Kommentar 41. S. 13 fg. 1840. (s. auch bei Nr. 7.) Wächter, württem-

IV. Die Praxis.

Und was sagt nun gegenüber diesem Dogma der Theorie das Leben selbst, die Praxis, die Geschichte? Ein einziger

---

bergisches Privatrecht II. S. 35, N. 13. 1842. Brinckmann, das Gewohnheitsrecht (I) § 6 N. 1. 1847. (der sogar im Uebrigen bezüglich des Irrthums auf Puchtas Seite steht, (s. S. 7, 16—17). Böcking, Pandekten, 2. A. I. § 11 N. γ. 1853 (hierher?). Baron, Pandekten, 2 A. § 4 N. 8. 1876. Sturm, Kampf, S. 22. 1877 (oder für Nr. 1). Wächter, Pandekten I. S. 107. 1880. (oder für Nr. 5). **4.** Irrationables Gewohnheitsrecht darf nicht analog ausgedehnt werden: Sintenis, Civilrecht, 3 A. § 3 A. 42. 1868 (oder für Nr. 2). Ad. Schmidt, zur Lehre vom Gewohnheitsrecht. Leipziger Dekanatsschrift 1881. S. 18 N. 1, 4. — **5.** Singuläres Gewohnheitsrecht darf nicht analog ausgedehnt werden: Smallenburg in Schultings und seinen Notae I. S. 107. 1804. (Aeltere sind dort citirt). Schweppe, römisches Privatrecht, 4 A. I. § 34 Nr. 6. 1828 (zögernder S. 72). Göschen, Vorlesungen I. § 24, S. 90. 1838. Goldschmidt, Handelsrecht I. 2 A. S. 332 N. 27. 1875. Die erste Auflage hatte noch Auslegung Nr. 1 (I. S. 234 N. 27 der 1. Aufl.) Wächter, Pandekten I. S. 107 (oder für Nr. 3). — **6.** Auf Irrthum beruhendes Gewohnheitsrecht darf nicht analog ausgedehnt werden: Guilleaume, Rechtslehre § 65. 1801. (oder für Nr. 3). O.-A.-G. Lübeck, Erkenntniß vom 31. Oktober 1846 bei Seuffert I. 309; sogar eine „konstante Praxis" nach Holzschuher, Theorie und Kasuistik 3. A. I. S. 16. 1863. Brinz, Pandekten, 2. A. § 26 zu und in N. 13. 1873. Bering, römisches Privatrecht 4. A. § 25 Z. VII. 1875. Menger, System des österreichischen Civilprozeßrechts I. § 8 N. 17. 1876 (er verweist freilich auf die Analogie der l. 14 und l. 16 D. de leg.). — **7.** Von einem Irrthum über Thatumstände bei der einzelnen Uebungshandlung sprechen (schon Glück, Kommentar I. S. 463 N. 96?) Hübner, Berichtigungen. 1801 (für Nr. 2) und Keller, Pandekten 2. A. S. 10. 1866 — beide ohne Citat der l. 39; Mühlenbruch, Pandektenrecht 3. A. I. § 38 N. 11 (für Auslegung Nr. 3) sagt, die l. 39 habe höchstens diesen Sinn, aber auch ihn „schwerlich". — **8.** Kierulff, Theorie, S. 12*. 1839.: wenn durch Vornahme von Handlungen Seitens Einzelner oder Mehrerer „in der irrigen Voraussetzung eines Gebrauches unter ihnen eine Gewohnheit entsteht, so macht diese doch kein Gewohnheitsrecht". (? ?) — **9.** Sartorius im civilistischen Archiv 27 S. 94. 1844. bezüglich der Wirkung von Präjudicien: Urtheile gegen unzweifelhafte Rechtsvorschriften seien nichtig; dazu Citat

Blick belehrt uns, daß sie alle im Ganzen achtlos an jenem oft behaupteten Satz vorübergegangen sind und noch vorübergehen. Und das ist so sehr der Fall, daß ein guter Kenner der gemeinrechtlichen Praxis [19]) sagen konnte: „Eine constante Praxis hat sich dafür entschieden, daß der l. 39 D. 1. 3 kein anderer Sinn beizulegen sei, als daß auch eine ursprünglich auf einem Irrthum beruhende Gewohnheit an sich giltig ist, und nur nicht wie eine andere Gewohnheit analogisch ausgedehnt werden dürfe".

An die Spitze stelle ich ein Beispiel, das geradezu schlagend ist.

Die gewohnheitsrechtliche Reception des römischen Rechts in Deutschland ist anerkannter Maßen durch den Gedanken bewirkt, daß das römische Recht bei uns angewendet werden müsse, weil es geltendes Recht in Deutschland sei; und wie verschieden man auch diesen Satz begründet hat, der Satz selbst nebst seiner Begründung war nichts als ein Irrthum [20]). Viele einzelne Rechtssätze des römischen Rechts hat man ferner bei uns falsch verstanden und in diesem irrthümlichen Sinne als Recht angewendet: sie gelten unangefochten bis auf den heutigen Tag als positives Recht. Insbesondere hat man überaus häufig Sätze des deutschen Rechts in das römische hineingelesen; als Beispiele derartig irrthümlich entstandener Rechtsinstitute werden genannt: „die Familien-Fideikommisse und die eheliche Gütergemeinschaft, die emancipatio Saxonica und

---

der l. 39. Im Uebrigen sei der gewöhnliche Irrthum gleichgiltig. — **10.** Thibaut, System 7. A. I. § 17 N. q. 1828.: obrogatorische Gewohnheiten gelten nicht. — **11.** Unbestimmt lassen die Auslegung: Mommsen, Beiträge zum Obl.-Recht III. S. 105 N. 20. 1855. Zrodlowski, römisches Privatrecht I. S. 30, 34, 107. (1877). — **12.** Mir nicht klar wurde die Meinung von Jordan, civilistisches Archiv 8 S. 235, 252—253, 260 (1825). Beseler, System 3. A. 1873. I. § 30 N. 7. Stahl, Philosophie des Rechts II. 1. 1870. 4. Aufl. S. 239 *, vergl. auch. S. 262.

19) Holzschuher, I. S. 16 fg. Aehnlich Mommsen, Beiträge III. S. 105 N. 20.

20) Beseler, System I. § 34 N. 11. Wächter, Pandekten I. S. 107. Schwanert, Gesetz und Gewohnheit S. 11.

der ſächſiſche ususfructus maritalis“ [21]), ſowie die Einwirkung des Inſtituts der Infamie auf das Inſtitut der Ehrloſigkeit [22]).

Ich nenne im Weiteren nur einige von den Anhängern des hier beſtrittenen Satzes vom Irrthum ſelbſt vorgebrachte Beiſpiele, indem ich andere naheliegende (z. B. aus dem heutigen Recht des Beſitzes) übergehe:

Auf irriger Auslegung der l. 5 C. de ing. man. 7, 14 und l. 28 D. de fidej. 46, 1 beruhen die beiden Provocationsprozeßarten [23]); die jetzige Form der Unterſchriften und Siegel der Zeugen beim Teſtament hat ſich „irrigerweiſe eingeſchlichen“ [24]). Bei der Quaſipupillarſubſtitution erhält nach heutigem Recht der Subſtitut nicht bloß das von dem Subſtituenten herrührende, ſondern überhaupt das ganze Vermögen des Geiſteskranken: dieß beruht nach Puchta [25]) auf einem zum Gewohnheitsrecht gewordenen Mißverſtändniß der c. 9 C. de impub. subst. 6, 26. Der Satz dies interpellat pro homine — Hinzufügung eines Erfüllungstermins macht im Zweifel die Mahnung überflüſſig — iſt unter Mißverſtändniß der römiſchen Quellen, vielleicht nicht gemeines [26]), jedenfalls aber partikulares [27]) Gewohnheitsrecht geworden. Die Ausdehnung der beneficia minorum auf den Fiskus beruht auf Irrthum [28]); „die Anwendung der dem revidirten lübiſchen Rechte eigenthümlichen Beſtimmungen in Städten, welche nur mit dem alten lübiſchen Rechte bewidmet ſind, rechtfertigt ſich oft als wahres Gewohnheitsrecht, wenngleich ſie alle Mal an den Irrthum anknüpft, das revidirte lübiſche Recht enthalte das

---

21) Böhlau, S. 332 fg.

22) Mommſen, S. 105.

23) Kuntze zu Holzſchuher I. S. 17. Puchta, II. S. 70. Mommſen, S. 105. Sartorius, civiliſtiſches Archiv 27 S. 94 N. 44.

24) Savigny, S. 176; Puchta, II. S. 72 fg.; Böhlau, S. 332.

25) II. S. 68 ff. Böhlau, S. 332. Vgl. indeß Windſcheid, III. § 560 N. 4.

26) Mommſen, S. 104—107. Windſcheid, II. § 278 N. 5.

27) Puchta, II. S. 77 ff. Böhlau, S. 331.

28) Böhlau, S. 329, 332.

alte lübiſche Recht ohne andere, als die Form, Sprache und Anordnung betreffende Neuerungen“ [29]); endlich: die Statuirung der Alimentationspflicht des unehelichen Vaters beruht auf Mißverſtändniß der Quellen, insbeſondere des cap. 5 X. de eo qui duxit in matr. 4, 7 [30]). Auch das frühere ſummariſche Verfahren bei den poſſeſſoriſchen Interdikten iſt hier zu nennen [31]), und durch welche Irrthümer der Satz von der Klagbarkeit der formloſen Verträge entſtanden iſt [32]), haben uns noch letzthin intereſſante Unterſuchungen von Seuffert und Karſten [33]) gezeigt. Letzterer hat deshalb dem „weit verbreiteten Irrthum“, daß alle Verträge klagbar ſeien, den Charakter eines Rechtsſatzes abgeſprochen (S. XVIII.). Das iſt in der That nur eine richtige Konſequenz jenes in der Theorie herrſchenden Dogmas; aber ich glaube, man wird an dieſer Frucht den Werth des Baumes, von dem ſie gefallen, zutreffend erkennen können.

Es erübrigt noch nachzuſchauen, zu welchem Reſultat die deutſchen gemeinrechtlichen Gerichte gekommen ſind, wo ihnen ausdrücklich unſere Frage vorlag. Seufferts Archiv ergibt in dieſer Beziehung folgendes Bild: Ueber die Frage, ob ein aus Rechtsirrthum allgemein geübter Satz Gewohnheitsrecht habe werden können, findet ſich nicht oft judicirt. Meiſt iſt nur die Frage entſchieden, ob durch eine Gerichtspraxis, die aus Mißverſtändniß des Geſetzes hervorgegangen ſei, Gewohnheitsrecht producirt ſei. Die Verneinung dieſer Frage [34]) wird oft und kann immer den Grund haben, daß die Praxis eines Gerichts für ſich allein die erforderliche Uebung eines Gewohnheitsrechts noch nicht enthält — und damit iſt

---

29) Böhlau, S. 332.

30) Roth, bayriſches Civilrecht I. § 9 N. 43; Vangerow, Pandekten I. § 260 Anm. 1.

31) Vergl. Stahl, Philoſophie des Rechts II. 1, S. 255.

32) Vergl. Stahl a. a. O.

33) Seuffert, zur Geſchichte der obligatoriſchen Verträge. Karſten, die Lehre vom Vertrage.

34) O.-A.-G. Dresden bei Seuffert I. 210; O.-Trib. Berlin ib. XXXI. 348.

dann für unsere Frage noch garnichts entschieden —, vielfach auch den, daß nicht einmal eine constante Praxis nachzuweisen ist[35]).

Im Uebrigen findet sich sowohl Bejahung wie auch (öfter) Verneinung der oben gestellten Frage und zwar die Verneinung in verschiedenartiger Motivirung, je nach den Theorien welchen man bezüglich des Gewohnheitsrechts überhaupt folgte[36]).

---

35) Z. B. Entsch. d. R.-O.-H.-G. XV. S. 125, A.-G. Celle bei Seuffert XXVII. 229. Spruchcolleg Rostock für O.-A.-G. Jena ib. XXVIII. 1 (Lebenspräsumption für Verschollene bis zum 70. Jahre).

36) Verneinung: O.-A.-G. Jena ib. XII. 91 a. E.; O.-A.-G. Oldenburg ib. XVII. 112; O.-Tr. Berlin ib. XXXII. 103, vgl. oben Entsch. d. Reichsgerichts Nr. 2; auch O.-Tr. Stuttgart XV. 217; O.-A.-G. München, Blätter f. Rechtsanw. XIII. S. 44 ff.

Bejahung: Sehr energisch O.-A.-G. Lübeck bei Seuffert I. 309: „Selbst wenn die Gewohnheit in irgend einer Beziehung auf einem Irrthum beruhte, so würde dieß doch nicht erheblich sein, da das fr. 39 de leg.... nach der richtigeren vom O.-A.-G. beständig befolgten Meinung den Sinn hat, daß auch eine ursprünglich auf einem Irrthum beruhende Gewohnheit an sich giltig ist, und nur nicht wie eine andere Gewohnheit analogisch ausgedehnt werden darf." In einzelnen Fällen ist eine auf Rechtsirrthum beruhende Uebung als bindend anerkannt worden. Vgl. Seuffert XXXIV. 20. O.-Tr. Berlin: Erwerb unständiger Servituten nur durch unvordenkliche Verjährung; Nachweisungen daselbst; XXXV. 299 O.-Tr. Berlin: Giltigkeit im Testament bestätigter formloser Codicille; XVIII. 203 O.-A.-G. Oldenburg: es handelt sich um die Giltigkeit einer Usualinterpretation einer Verordnung und das O.-A.-G. ließ dem Kläger den — übrigens mißlungenen — Beweis nach, daß die betr. Verordnung bisher immer in dem bestimmten Sinne verstanden und angewendet sei. Diese Interpretation würde den Richter binden, auch wenn sie unrichtig, also irrthümlich sei. Ebenso Anerkennung der Giltigkeit einer wohl irrigen Usualinterpretation: XXIII. 224 O.-A.-G. Berlin. Vgl. endlich noch XXVIII. 1, Absatz 4 (Spruchcolleg Rostock für O.-A.-G. Jena); ferner XVII. 113, (6 Entscheidungen des O.-A.-G. Oldenburg). — Das Erkenntniß der Jur. Facultät Göttingen v. 13. Sept. 1850 (Sammlung von Entsch. des O.-A.-G. Lübeck in Hamburg. Rechtssachen II. S. 353) verneint die Frage, aber mit einer Beschränkung, welche praktisch gleich einer Bejahung ist (es sei nicht dargethan, daß die betr. Gewohnheit lediglich auf dem betr. Irrthum beruhe und nicht vielmehr als eine selbständige Rechtsüberzeugung in der Praxis zur Anerkennung gekommen sei. Diese Negative darzuthun ist doch wohl unmöglich).

V. Weitere Frageſtellung: Gang der Unterſuchung.

Alſo weder die Quellen ergeben den Satz, daß Rechtsirrthum das Gewohnheitsrecht ausſchließe, noch ſteht ihm eine konſtante Praxis zur Seite. So bleibt zu unterſuchen, ob er ſich vielleicht in irgend einem Umfange aus der „Natur" des Gewohnheitsrechts, aus ſeinem „inneren Weſen" ergebe. In der That wird in dieſer Frage faſt ausſchließlich mit allgemeinen Gründen operirt.

Aber gleich hier beginnen die methodiſchen Unklarheiten. Wie ſoll man erkennen, was Gewohnheitsrecht iſt? Das Wort Gewohnheitsrecht zu zergliedern, feſtzuſtellen was unter Recht und was nach dem Sprachgebrauch des Lebens unter Gewohnheit zu verſtehen ſei,[37]) iſt gewiß ein falſcher Weg: denn die Bezeichnung „Gewohnheitsrecht" kann ja falſch gewählt ſein.

Die richtige Unterſuchungsmethode ſcheint auf den erſten Blick die inductive zu ſein: man müßte nachweiſen, welche Sätze thatſächlich Gewohnheitsrecht geworden ſind und dann durch Abſtraction die für alle dieſe Sätze gleichen Begriffsmomente herausfinden.[38]) So allein richtig dieſe Methode in vielen anderen Fällen iſt, und ſo wenig ich ſelbſt ſie für weitere Unterſuchungen auf dem Gebiet der Gewohnheitsrechtslehre glaube entbehren zu können: für unſeren Zweck hier iſt ſie unzureichend. Denn zum Behufe der Induction muß ein ſicheres Material da ſein: hier iſt dem aber nicht ſo; es handelt ſich in vielen Fällen gerade um die Frage, ob ein Satz Gewohnheitsrechtsſatz iſt oder nicht — man denke an die auf Rechtsirrthum beruhenden Sätze! —, und je nach dem Ja oder Nein der Antwort müßte man den Begriff des Gewohnheitsrechts verſchieden beſtimmen.

37) So beſonders die Aelteren, z. B. Guilleaume, Rechtslehre u. ſ. w. (1801) S. 8 ff. S. 29 „Natur der Gewohnheit"; ſelbſt Volkmar, Theorie des Gewohnheitsrechts 1806, S. 58 ff.; vgl. auch Geſterding, Ausbeute V. 2, S. 102 fg.

38) Dieß iſt, wenn ich ihn nicht mißverſtehe, die Methode, die Ernſt Meier, Rechtsbildung in Staat und Kirche 1861, S. 1 ff. S. 15 ff. zur Geltung bringen wollte.

Will man nun nicht — was freilich ein sehr bequemes und darum oft geübtes Verfahren ist — sich einfach aus dem Blauen heraus einen Begriff des Gewohnheitsrechts zurecht machen, so bleibt nur ein Weg übrig.

Was das Gewohnheitsrecht ist, läßt sich nur feststellen, wenn man die einzelnen Begriffsmomente, die in dem Begriff Gewohnheitsrecht gedacht sind, oder, um den juristischen aber gleichbedeutenden Ausdruck einzusetzen, die einzelnen Erfordernisse des Gewohnheitsrechts kennt.

Nun unterscheidet sich der gewohnheitsrechtliche Satz vom gesetzlichen in und an sich selbst durch nichts, es ist unmöglich einem einmal entstandenen Rechtssatz anzusehen, ob er zum Gewohnheitsrecht oder zum Gesetzesrecht gehört. Der Unterschied zwischen beiden liegt lediglich in ihrer Entstehungsweise. Die speciellen Erfordernisse des Gewohnheitsrechts sind also die wesentlichen Momente (Erfordernisse) seiner Entstehung, die freilich kurz als Erfordernisse des Gewohnheitsrechts selbst bezeichnet werden.

Nun ist aber der Satz, daß Gewohnheitsrecht durch Irrthum ausgeschlossen sei, selbst offenbar nichts Anderes als die Aufstellung eines Erfordernisses des Gewohnheitsrechts: des Erfordernisses der Nichtirrthümlichkeit. Demnach ist hier methodisch nur ein Doppeltes möglich: entweder das Erforderniß der Nichtirrthümlichkeit ergibt sich als logische Folge aus einem anderen Erforderniß des Gewohnheitsrechts — d. h. es ist ein sekundäres Erforderniß, dann muß ich dieses andere Erforderniß kennen; oder es ist ein selbständiges primäres Erforderniß für sich. In beiden Fällen ist also die Frage lediglich die: welches sind die Erfordernisse des Gewohnheitsrechts?

Diese Erfordernisse aber gerade sind streitig, und um sie zu ermitteln, bedarf es weiterer Untersuchung. Man hat sie früher meist aufgezählt, als wären sie vom Himmel herunter gefallen, einen Grund aber für ihre Aufstellung nicht angegeben. Erheblich vertieft worden ist die Lehre von den Erfordernissen des Gewohnheitsrechts erst dadurch, daß man sie — vielfach wohl nur instinktiv — in Verbindung brachte mit der höheren

Frage nach dem „Grund der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechts“, wie man gemeinhin zwar verständlich aber nicht korrekt sagt. Nicht korrekt: denn, scharf genommen, will man nach dem Grund der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechts garnicht fragen; diese Frage beantwortet sich von selbst, denn daß das, was Recht ist, auch bindet, ist eine Tautologie: es gibt kein unverbindliches Recht[39]). Die Frage lautet also jedenfalls korrekter so: warum ist das sog. Gewohnheitsrecht wirklich Recht? d. h. näher entweder: welches ist der Grund, warum ein Satz, der die für Entstehung eines Gewohnheitsrechts als nöthig aufgestellten Erfordernisse hat, bindet? oder: warum entsteht aus jenen Erfordernissen Recht?

Ich bemerke ausdrücklich, daß diese Fragestellung nicht die meine ist, es wird vielmehr später eingehender Untersuchung bedürfen, um festzustellen, ob nicht in dieser Fragestellung selbst bereits ein Fehler und ob nicht die Schwierigkeit der Antwort schon in den zur Frage verwendeten Begriffen liegt. Ich will hier nur feststellen, welche Bedeutung jene Frage im Sinne derer, die sie gewöhnlich aufwerfen, hat. Dieß ist nicht ganz leicht zu ermitteln. Wenn das Gewohnheitsrecht aus bestimmten Erfordernissen entsteht, so sind diese Erfordernisse in ihrer Gesammtheit Ursache der Entstehung des Gewohnheitsrechts; und auf die Frage: warum wird dieser Satz Recht? kann man nur die Antwort geben: weil die Ursache, d. h. die Summe der Erfordernisse eines Gewohnheitsrechtssatzes, vorhanden ist. Offenbar würde diese Antwort aber den Fragenden nicht befriedigen. Er will nicht nur die Ursache wissen, die er ja vielmehr schon in den Erfordernissen äußerlich kennt, sondern er sucht ein tieferes, das „eigentliche“ Kausalmoment für die Entstehung des Gewohnheitsrechts unter den verschiedenen Erfordernissen, oder einen rechtfertigenden Grund, warum gerade diese Erfordernisse Ursache für jene Wirkung — die

39) Nur dieß ist wohl mit der Aeußerung Böhlaus, S. 324 und Goldschmidts, Handelsrecht (2. A.) I. S. 303 („Alles positive Recht schöpft seine verbindende Kraft aus der Thatsache seiner Geltung“) gemeint. Ueber Stahl S. 239 f. unten XIV. N. 205.

Entſtehung des Gewohnheitsrechts — ſind, oder welche Wendung man ſonſt gebrauchen will.

Einen weiteren rechtfertigenden Grund aber dafür, daß eine Kauſalverbindung zwiſchen zwei Thatbeſtänden exiſtirt, gibt es an ſich nicht: das Daſein jedes Kauſalgeſetzes, wonach Urſachen dieſer Art Wirkungen jener Art haben ſollen, iſt in gewiſſem Sinne immer ein letztes.

Nur dieß iſt möglich, daß ein Kauſalgeſetz ſich auf ein höheres zurückführen läßt, deſſen Anwendungsfall es iſt; und wenn etwa dieſes höhere Princip uns bekannt iſt, uns irgendwie feſtſteht, ſo werden wir mit der Zurückführung jenes zu erklärenden Kauſalgeſetzes auf dieſes höhere relativ bekannte die verlangte Erklärung gefunden zu haben glauben. Gerade juriſtiſche Unterſuchungen können vielfach nur ſoweit zurückgehen, bis ſie irgendwo die Anknüpfung an den Satz einer anderen Wiſſenſchaft, namentlich an einen Satz der Philoſophie, z. B. der Ethik, bewerkſtelligt haben.

Fragt man alſo nach dem Grunde, warum unter beſtimmten anzugebenden Erforderniſſen Gewohnheitsrecht entſteht, ſo will man ſich nur durch Anlehnung an ſonſt Bekanntes die Entſtehung des Rechts in dieſem Falle plauſibel, einleuchtend machen. Solch relativ Bekanntes, d. h. ſolch allgemeines Princip, das wir für richtig halten, und als deſſen Anwendung nur wir die Entſtehung des Gewohnheitsrechts anſehen, iſt z. B. der Satz, daß das Geſetz Recht ſchafft (ſ. die Geſtattungstheorie), daß man durch ſeinen eigenen Willen gebunden wird (ſ. die Willenstheorie) u. ſ. w.

Kennte man nun die Erforderniſſe des Gewohnheitsrechts vollſtändig, was, wie vorher geſagt, eben nicht der Fall iſt, ſo würde auch der ſog. Grund ſeiner bindenden Kraft leicht zu ermitteln ſein: er müßte ſich aus den Erforderniſſen wie aus einem offenen Buch herausleſen laſſen.

Da wir nun aber die Erforderniſſe des Gewohnheitsrechts noch nicht kennen, ſo iſt es auch nicht möglich auf dieſe Weiſe den Grund ſeiner bindenden Kraft zu finden.

Umgekehrt: kennten wir jenen Grund (d. h. jenes höhere Princip), ſo würden ſich aus ihm alle Erforderniſſe des Ge-

wohnheitsrechts von selbst ergeben: es wäre ja dann jedes Erforderniß für die Entstehung des Gewohnheitsrechts überflüssig, welches sich nicht aus jenem „Grunde" als nothwendig ergäbe.

Dieß muß von dem eingenommenen Standpunkte aus als der richtige Weg gelten: die Erfordernisse des Gewohnheitsrechts sind nur abzuleiten aus dem sog. Grunde seiner bindenden Kraft, welcher das Prius jener Erfordernisse ist.

Ich muß also ein allgemeines Princip suchen, durch welches es sich erklärt, daß ein Satz, der nicht gesetzlich eingeführt wird, Rechtssatz wird. Diese Fragstellung ist wenigstens dann genau, wenn man, wie ich thue, außer dem Gesetz und dem Gewohnheitsrecht kein durch eine dritte Quelle eingeführtes Recht annimmt[40]). Sobald dieses Princip oder dieser „Grund" gefunden ist, können aus ihm die Erfordernisse des Gewohnheitsrechts restlos abgeleitet werden: denn selbstverständlich entscheidet jener Grund über die Erfordernisse der Rechtswerdung des Gewohnheitsrechtssatzes. Und so wird sich denn insbesondere auch feststellen lassen, ob der Satz, daß Gewohnheitsrecht nicht auf Rechtsirrthum beruhen dürfe, in irgend einem Umfang als primäres oder sekundäres Erforderniß der Gewohnheitsrechtsbildung behauptet werden darf.

Nun ist aber der sog. Grund der bindenden Kraft des Gewohnheitsrechts selbst auf das Aeußerste streitig, und damit complicirt sich die ganze Untersuchung sehr, was indeß nicht vermieden werden kann. Denn gerade weil das Element, in dem sich diese Untersuchung bewegen wird, ein so sehr allgemeines ist, bedarf es nicht bloß der Aufstellung einer eigenen Meinung, die dann vielleicht nur als Einfall erschiene, sondern einer kritischen Besprechung der vorhandenen Ansichten. Diese

---

40) Insbesondere nicht ein eigenes Recht der Wissenschaft. Die sog. Analogie ist eine abgeleitete Rechtsquelle, d. h. durch Analogie lassen sich neue Rechtssätze nur dann entwickeln, wenn entweder Gesetz oder Gewohnheitsrecht das erlaubt haben. Die Analogie entnimmt also ihre Kraft einer der beiden primären Rechtsquellen. Für das Justinianische Recht war sie durch l. 10—13 u. l. 32 pr. D. de leg. 1, 3 ausdrücklich als Rechtsquelle gesetzt.

werde ich verſuchen. Die Meinung, welche ich für die richtige halte und zu begründen verſuchen werde, ergab ſich mir als richtig, als und weil mir alle anderen bei kritiſcher Betrachtung zuſammenſtürzten; ich möchte darum den Leſer denſelben Weg führen.

Es könnte dabei überflüſſig erſcheinen, die Darſtellung der vorhandenen Theorien ſelbſt noch einmal zu unternehmen, nachdem ſeit Puchtas grundlegendem Werk (1828. 1837) ſo unendlich viel hierüber geſchrieben iſt und noch neuerdings Adickes (Zur Lehre von den Rechtsquellen. 1872) die Grundzüge der Puchta-Savigny'ſchen Theorie und ihre ſpäteren Schickſale zwar kurz aber klar dargeſtellt hat.

Meiner Ueberzeugung nach iſt hier indeß eine noch ſcrupuloſere Unterſuchung erforderlich, und dieſe fehlt bisher durchaus. Ich werde zu zeigen ſuchen, daß die kleinſte Nüancirung der Grundlage der Lehre zur größten Differenz in der Entſcheidung der an die Spitze geſtellten Specialfrage vom Irrthum führen kann; und keine Unterſuchung iſt zu kleinlich, welche zur Löſung einer praktiſch wichtigen Frage beitragen kann.

Demnach ſoll im Folgenden unterſucht werden: welche Haupttheorien[41]) hat man über den ſog. Grund der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechts aufgeſtellt? und ergibt ſich aus dieſen Theorien direkt oder indirekt (d. h. als primäres oder ſekundäres Erforderniß) das Erforderniß der Nichtirrthümlichkeit? und wenn ja, in welcher näheren Bedeutung? Ferner: welche von ihnen iſt die richtige, und wenn keine es iſt, was muß in Wahrheit als Grund der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechts angeſehen werden?

Das ganze Problem verzweigt ſich eben wegen ſeiner Allgemeinheit außerordentlich weit. Die Frage, warum das Gewohnheitsrecht verbindende Kraft habe, führt auf die Schweſterfrage, warum eine ſolche dem Geſetz zukomme, und beide Fragen führen darauf zurück zu fragen, was Recht ſei und wie Recht entſtehe. Hiermit aber hängt eng zuſammen die

41) Abſolute Vollſtändigkeit iſt nicht angeſtrebt.

Frage, was der Staat sei und wie der Staat entstehe — und wirklich sind alle diese Fragen auch sehr vielfach zusammen behandelt worden. Wer nun aus dem System aller dieser Fragen eine einzelne zur Behandlung herausgreift, wird sich bewußt bleiben müssen, immer nur Stückwerk zu liefern; auch wird der Einzelne hier kaum je mit zureichenden Mitteln arbeiten können. Ich muß deßhalb von vornherein die Nachsicht des Lesers in Anspruch nehmen, wenn ich in dem engen Rahmen einer Abhandlung einen Beitrag für jene Fragen zu liefern unternehme, der vollständig nach keiner Richtung hin sein kann und will.

VI. 1) Die Gestattungstheorie.

Früher führten die Meisten[42]) und noch jetzt führen Manche[43]) die verbindende Kraft des Gewohnheitsrechts darauf

---

42) Einige Beispiele statt vieler: (Hübner) Berichtigungen S. 160—164 (1801). B. A. Wagner, Quellenverhältniß des bürg. G.-Buchs u. s. w. § 6 (1818). Gesterding, civ. Arch. III. S. 260 (1820). C. F. E. Schmidt, Versuch S. 90, 95 (1825). Gesterding, Ausbeute V. 2, S. 98 (1836).

43) Bering, röm. Privatrecht, 4. A. § 20, Z. II; ferner die in Abschnitt XIV zu besprechenden Kierulff, Bruns, R. Schmid. Gewöhnlich wird hier auch Ernst Meier, die Rechtsbildung in Staat und Kirche 1861, angeführt, indeß doch wohl mit Unrecht. Ihm sind Träger des Gewohnheitsrechts lediglich die höchste Staatsgewalt und — unter Aufsicht derselben — alle Kreise, denen Autonomie zukommt (S. 23, 28): das Subjekt der Rechtsbildung ist dasselbe, ob es sich um Gesetz oder um Gewohnheitsrecht handelt. Damit lenkt er für das partikuläre Gewohnheitsrecht in gewissem Sinne in die Willenstheorie (s. u. S. 366) ein —, freilich erfordert er nicht einen rechtsbildenden Willen der Einzelnen, sondern ein gemeinsames Rechtsbewußtsein (z. B. S. 212) wie die historische Schule auch —, und da nach ihm alle Autonomie mittelbar vom Staat kommt (vgl. Regelsberger, krit. Vierteljahrsschr. IV S. 340), so leitet nach ihm das partikuläre Gewohnheitsrecht allerdings seine Kraft von der Staatsgewalt ab. Wie es aber mit dem allgemeinen Gewohnheitsrecht steht, dessen faktisches Vorkommen E. Meier zwar für viele Fälle leugnet (S. 57, 70. vgl. S. 35 oben), für andere (z. B. Reichsherkommen, S. 79) aber zugibt,

zurück, daß sie durch den Gesetzgeber angeordnet oder gestattet sei. Diese Theorie, welche ich in Ermanglung eines besseren Ausdrucks die Gestattungstheorie nennen werde, hat viele Nüancen: es wird vom ausdrücklichen und stillschweigenden, speciellen und allgemeinen Konsens oder Willen des Gesetzgebungssubjekts gesprochen.

Der Irrthum, dessen Relevanz wir untersuchen, kann für diese Theorie in zweifacher Weise in Betracht kommen: einmal beim Gesetzgeber, sodann bei denen, unter welchen sich das Gewohnheitsrecht bildet. Beim Gesetzgeber nur, sofern ein sei es ausdrücklicher sei es stillschweigender specieller Konsens erfordert wird. Man müßte konsequenter Weise allerdings sagen, daß dieser Konsens nicht vorhanden sein kann, wenn der Gesetzgeber in dem Irrthum ist, der betreffende Satz sei bereits Recht; eine Gestattung, daß dieser Satz Recht werde, ist dann nicht denkbar, wenn er als bereits seiendes Recht vorgestellt wird.

Bei denen, unter welchen sich das Gewohnheitsrecht bildet: hier ist die Frage nach der juristischen Relevanz des Rechtsirrthums für alle Anhänger dieser Theorie lediglich eine Interpretationsfrage; es kommt darauf an zu ermitteln, ob der Gesetzgeber auch dem auf Irrthum beruhenden Gewohnheitsrecht Kraft verleihen will oder nicht.

Das Unzureichende dieser ganzen Theorie zeigt sich hier recht deutlich in ihrer Unfruchtbarkeit zur Lösung aller Specialfragen: sobald wir nach den Erfordernissen des Gewohnheitsrechts fragen, läßt sie uns in Stich.

Wenn es insbesondere ein Gesetz gäbe, welches die Erfordernisse des Gewohnheitsrechts determinirte, so würde man, falls man diesem Gesetz überhaupt entscheidende Kraft zuschriebe, was Viele nicht thun, auch die Irrthumsfrage so lösen, daß

---

wie sich überhaupt die höchste Staatsgewalt als Trägerin desselben denken lasse, wird nicht klar (so auch Regelsberger S. 336); denn daß das allgemeine Gewohnheitsrecht seine Kraft erst aus dem Konsens der höchsten gesetzgebenden Gewalt schöpfe, fand ich bei E. Meier nirgends ausgesprochen.

man Nichtirrthümlichkeit nur dann erforderte, wenn sie ausdrücklich oder stillschweigend im Gesetz als Erforderniß aufgestellt wäre. Jedenfalls gibt es aber ein solches Gesetz für uns nicht, und daher läßt die Theorie, wonach Gestattung des Gesetzgebers nöthig sein soll, bezüglich der Erfordernisse des Gewohnheitsrechts, jeder anderen der nachher zu besprechenden Theorien Raum und verträgt sich mit ihr, ohne freilich irgend eine von ihnen begrifflich nothwendig zu machen: der Gesetzgeber kann, wenn er überhaupt etwas über diese Quelle bestimmen kann, auch bestimmen, daß die allgemeine Rechtsüberzeugung für sich, oder daß sie nur, wenn sie in einzelnen Akten geübt sei, Recht machen solle, u. s. w.

Es repetiren also im Rahmen der „Gestattungstheorie" die einzelnen verschiedenen Ansichten, welche uns nachher als selbständige Theorien beschäftigen müssen, und um vollständig zu bestimmen, welche Rolle in der Gestattungstheorie der Irrthum spielt, müßten jene Theorien hier bereits dargestellt werden. Um dasselbe indeß nicht zweimal zu sagen, verweise ich hier nur auf die Erörterung jener Theorien selbst; die folgenden Rubriken decken dann allerdings ihren Gegenstand nicht ganz und bedürfen der stillschweigenden Ergänzung seitens des Lesers. —

Die Gestattungstheorie steht demnach den anderen Theorien über den Grund der bindenden Kraft des Gewohnheitsrechts nicht gleichartig gegenüber; indem sie einen äußeren Grund für sie angibt, läßt sie die Frage offen, was denn den Gesetzgeber motivirt, den von ihm gesetzten Erfordernissen die Kraft, wirkliches Recht zu produciren, beizulegen. Auch von dieser Seite aus ist die Gestattungstheorie nothwendig auf eine Ergänzung durch andere Theorien angewiesen.

Ich halte diese Theorie in jeder ihrer Gestaltungen indeß nicht bloß für unzureichend, sondern aus Gründen, die oft von Anderen vorgetragen sind, für unrichtig. Daß Gewohnheitsrecht gegolten hat, zwar nicht bevor ein Gesetzgeber da war, wohl aber lange bevor der Gesetzgeber über dessen Geltung reflektirte, ist sicher; auf dieses Argument ist indeß kein Gewicht zu legen, da es sich hier um die Geltung des Gewohn-

heitsrechts in unserer Zeit handelt[44]). Aber, daß eine specielle, sei es ausdrückliche sei es stillschweigende Genehmigung des Gesetzgebers statthabe, ist und war eine Fiktion, und wird wohl auch für künftige Zeiten und Zustände eine solche bleiben; was eine generelle vorherige Sanktion alles künftigen Gewohnheitsrechts angeht, so existirte dieselbe zwar durch Justinians Kodification als ausdrückliches Gesetz für seine Zeit, für uns aber existirt ein solches nicht, denn das Corpus Juris ist für uns nicht Gesetzes- sondern Gewohnheitsrecht. Im gemeinen Recht haben wir also einen Gewohnheitsrechtssatz, kraft dessen jedes künftige Gewohnheitsrecht gelten soll; warum aber jener allgemeine Gewohnheitsrechtssatz gilt, bleibt unerklärt: nur ein Münchhausen kann sich an seinem eigenen Schopf aus dem Wasser ziehen.

Endlich: auch zugegeben, daß das Gesetz die Kraft hat, Gewohnheitsrecht zu verbieten, so ist damit doch nicht bewiesen, daß das Gewohnheitsrecht nur durch das Gesetz besteht: wer das meint, verwechselt die positive Ursache mit der Abwesenheit einer hindernden Bedingung[45]), und treffend sagt Puchta[46]), man sei nicht deßhalb Ursache des Lebens seines Nachbarn, weil man ihn todtschlagen könne.

Weitere Gründe gegen diese Theorie werden sich bei der positiven Untersuchung über den Grund der bindenden Kraft des Gewohnheitsrechts ergeben[47]).

VII. 2) Die Willenstheorie.

Eine andere Theorie führt die Geltung des Gewohnheitsrechts zurück auf einen Willensakt[48]) des Volks oder derer die es

---

44) Vgl. Sintenis, Civilrecht I. S. 26 in N. 11.

45) Stahl, S. 238. Böhlau, S. 375. Adickes, S. 36 N. 19. Sturm, Kampf S. 26 fg., 40.

46) I. S. 210.

47) Treffendes gegen diese Theorie bei Regelsberger (N. 43 cit.) u. besonders Bierling, zur Kritik der jurist. Grundbegriffe. I. Kap. II.

48) Besser ‚Absicht'; ich gebrauche das Wort ‚Wille', weil es von den Anhängern dieser Theorie immer gebraucht wird.

üben. Diese Willenstheorie ist in den verschiedensten Nüancen vertreten worden. Ausdrücklich und mehrfach berufen sich bereits die römischen Juristen auf den tacitus consensus populi oder omnium, die tacita civium conventio[49]); das Volk als Inhaber der Gesetzgebungsgewalt könne seinen Willen, daß ein Satz Recht sein solle, wie ausdrücklich (Gesetz) so auch stillschweigend (Gewohnheitsrecht) erklären[50]).

Daß bei dieser Begründung eine Verwechslung des politisch organisirten populus mit dem Volk „im natürlichen

---

49) Ulp. 1, 4. L. 32. § 1 u. l. 35 D. leg. 1, 3.

50) Unbefangene Betrachtung wird dieß stets als den Inhalt der röm. Quellen ansehen. Damit ist weiter nothwendig gegeben, daß die röm. Juristen auch die thatsächliche Uebung als Entstehungserforderniß des Gewohnheitsrechts betrachten; daß sie das wirklich thun, haben neuerdings noch wieder Ad. Schmidt, Gewohnheitsrecht S. 12—13 u. Wächter, Pand. I. S. 104, man kann wohl im Hinblick auf die l. 32 § 1. D. de leg. sagen: unwiderleglich nachgewiesen. Gerade weil diese Konsequenz das war, was Puchta und Savigny energisch verwarfen, leugneten sie (Puchta, I. S. 81, 84 ff. Savigny, S. 146 ff.), daß jene Theorie die der röm. Juristen sei; in welcher Weise sie aber die röm. Quellenworte erklärten, um die tiefe Kluft zwischen ihrer Theorie und der der röm. Juristen auszufüllen, muß man bei ihnen selbst nachlesen, um es zu glauben. Puchta übersetzt a. a. O. S. 51—52 voluntas mit Bewußtsein, S. 83 tacita conventio civium mit stillschweigende Uebereinstimmung der Ueberzeugung, S. 99 tacitus consensus omnium mit gemeinsame Ueberzeugung, obwohl er freilich S. 86 diesen consensus als den das Recht hervorbringenden Willen des Volks bezeichnet; auch nach S. 94, 98, 120 soll die rechtliche Ueberzeugung von den röm. Juristen als Grundlage des Gewohnheitsrechts angesehen worden sein.

Savigny, S. 146—147 erklärt die ratio als „die gemeinsame unmittelbare Ueberzeugung von dem Dasein und der Giltigkeit einer Rechtsregel" — wovon doch auch gar nichts in dem Wort steht! — und den consensus dahin, er sei „nicht ein willkürlicher Entschluß, der eben so gut auch in entgegengesetzter Richtung gedacht werden könnte, sondern die aus innerer Nothwendigkeit übereinstimmende Gesinnung."

Daß dieß den Quellen einfach Gewalt anthun heißt, wird schwerlich Jemand leugnen können. Vgl. indeß die Bemerkung von Seuffert, civil. Archiv 11. S. 358 fg. Zoll in Iherings Jahrb. XIII. S. 418 Sturm, Kampf S. 27.

Sinne“ [51]) vorlag, ist oft bemerkt [52]); diese Verwechslung ist für manche Spätere unheilvoll geworden.

Uebrigens haben die römischen Juristen dieser ganzen Ansicht, wie ich glaube, kaum je einen praktischen Einfluß im Detail eingeräumt: ihre Theorie entsprang dem Bedürfniß theoretischer Vermittlung des vorhandenen Rechtszustandes, nicht war sie das bestimmende Princip bei seiner Bildung.

Die Späteren indeß machten, und das ist bei der außerordentlichen Autorität, welche das römische Recht ausübte, leicht erklärlich, mit jener theoretischen Ansicht durchaus Ernst. Und zwar findet sich diese Theorie in der verschiedenartigsten Weise gewendet. Puchta [53]) hat geschildert, wie die Theorie der Glossatoren durchgängig die consuetudo in Verbindung mit dem statutum brachte, und wie die Macht kleinerer Kreise Gewohnheitsrecht zu schaffen auf die Autonomie zurückgeführt wurde.

Diese Herbeiziehung des Gesichtspunktes der Autonomie halte ich von dem Standpunkte der Willenstheorie aus nicht nur für einen verständlichen, sondern für einen geradezu nothwendigen Fehler. Denn wenn die Gewohnheitsrechtsbildung ein Akt mittelbarer (stillschweigender) Gesetzgebung ist, so kann ihr Subjekt auch nur ein solches sein, dem die Macht Gesetze zu geben zusteht, ein autonomes Subjekt.

Hieraus erklärt sich denn auch, wie leicht man von dieser Theorie aus zu jener von der Gestattung des Gesetzgebers zurückgedrängt wird: denn die Autonomie wird bereits als ein Niederschlag vorhandener Rechtssätze für das autonome Subjekt betrachtet; wenn nun die Autonomie lediglich in Folge vorhandenen Rechts und das Gewohnheitsrecht lediglich in Folge der Autonomie da ist, so führt auch die Autonomie indirekt auf schon vorhandene positive Rechtssätze zurück.

In neuerer Zeit hat diese Theorie eine neue Grundlage

---

51) „Gesellschaft“ Böhlau, S. 270 N. 5.

52) S. Puchta I. S. 149. Keller, Pand. § 3 bei N. 5. Böhlau, S. 324. Unger, österr. Privatrecht I. S. 34. Vgl. indeß auch Savigny, S. 147.

53) I. S. 149 ff. S. 207 fg. Dort auch Literatur.

gesucht, indem sie sich in Verbindung setzte mit den Grundanschauungen der historischen Schule. Man hat den das Gewohnheitsrecht bildenden Willen näher als Gesammtwillen charakterisirt, als Volkswillen u. s. w.: kurz man hat ihn nicht als einen Willen der Einzelnen, sondern, analog der Gesammt-Rechtsüberzeugung, von der weiterhin gesprochen werden wird, als ein organisches Phänomen über den Einzelwillen gefaßt. —

Die praktische Bedeutung der Willenstheorie ist außerordentlich groß. Denn wie auch im Einzelnen diese Theorie nüancirt sein mag: unter allen Umständen muß sie als Erforderniß der Entstehung des Gewohnheitsrechts verlangen, daß die einzelnen Uebungshandlungen, durch welche das Gewohnheitsrecht entstehen soll, Seitens der Uebenden in der Absicht vorgenommen werden, den geübten Satz für die Zukunft zum Rechtssatz zu machen.

Unerschrocken ist schon von der Glosse dieß Erforderniß aufgestellt [54]), in gleicher Schärfe von Späteren [55]), sehr energisch neuerdings von Harum [56]). Da nun heutzutage eine konstante Rechtsanwendung hauptsächlich bei den Gerichten beobachtet werden kann, so ergibt sich weiter das Resultat, daß die Gerichte willentlich und wissentlich eine Art Gesetzgebung ausüben können. So auch wirklich das Reichsgericht in einer der oben mitgetheilten Entscheidungen [57]).

---

54) Puchta, II. S. 37.

55) Z. B. von einem Vertreter der Gestattungstheorie, Gesterding, civ. Archiv III. S. 263 fg. (1820), der freilich später seine Ansichten sehr modificirt hat. S. Ausbeute V. 2, S. 112 ff. (1836).

56) Entstehung des Rechts (1863), bes. deutlich S. 23 und N. 35; nicht auch von Brinz, Pand. 2. A. I. S. 114, wie Arndts in Grünhuts Zeitschrift I. S. 487 fg. mit Unrecht annimmt. Brinz vertritt die „Gerechtigkeitstheorie".

57) Oben Abschnitt I. Nr. 7: „ein besonderes Ehescheidungsrecht auszubilden haben die ehemaligen hessischen Konsistorien und Gerichte niemals beabsichtigt. Aehnlich eine Entsch. des O.-Tr. Stuttgart v. 8./10. Juli 1862, Seuffert XV. 217: „Wille durch den aufgestellten Rechtssatz einem Rechtsbedürfnisse zu genügen" u. s. w., O.-A.-G. Oldenburg Entsch. von 1850, Seuffert XVII. 112: „bewußte

Die obige Konsequenz ist unvermeidlich. Denn die omnes, auf deren Willen das Gewohnheitsrecht beruhen soll, sind doch vor Allem die Uebenden[58]). Auch diejenigen Neueren, welche einen „Volkswillen" im Sinn der historischen Schule statuiren, können sich jenem obigen Schluß nicht entziehen, so unbequem er Manchem auch sein wird. Denn mag der „Volkswille" sein was immer: er muß doch jedenfalls, um überhaupt erkannt zu werden, im Einzelnen erscheinen; also ist auch bei dem einzelnen Uebungsakt ein gesetzgeberischer „Wille" des Handelnden erforderlich. Wenn Viele dieses Erforderniß doch nicht aufstellen, so hat das seinen Grund darin, daß sie den Begriff „Volkswillen" nicht immer in genügender Präcision denken, sondern ihn namentlich, wie ich später (Abschnitt X) zeigen werde, mit dem Begriff ‚Volksüberzeugung' vermischen oder indentificiren[59]). —

Was ergibt sich aus der Willenstheorie für die Irrthumsfrage? Zweifellos der Satz, daß Rechtsirrthum das Gewohnheitsrecht ausschließt. In dieser Richtung findet sich bei älteren Juristen ein für die damalige scholastisch-äußerliche Methode sehr bezeichnender Beweis. Schon der Casus ad

---

Fortbildung des Rechts" u. s. w. Mit Unrecht wird für diese Ansicht vielfach Jordan, „über den Gerichtsgebrauch" im civil. Arch. Bd. 8 Nr. 9 angeführt: s. z. B. S. 230 daselbst.

58) Und so spricht auch § 9 J. de j. n. 1, 2 vom consensus utentium.

59) Daher ist es auch schwer zu bestimmen, wer von diesen Neueren überhaupt hierher zur „Willenstheorie" zu rechnen ist. So sagt z. B. Goldschmidt, Handelsrecht 2. A. I. S. 303, das Gewohnheitsrecht „beruht auf dem Willen der Gemeinschaft, wenn auch nicht nothwendig einem bewußten", S. 306 „sich äußernder Rechtswille" — aber Seitens des Einzelnen verlangt er auf das Bestimmteste die Ueberzeugung von dem Bestehen des betr. Rechtssatzes (S. 329, N. 23.) — Neuestens hat Ad. Schmidt: „Zur Lehre vom Gewohnheitsrecht" die Willenstheorie ganz im Sinn der röm. Juristen, aber mit Adoptirung des „Gesammtwillens" der historischen Schule (S. 5—8) sehr ausdrücklich vertreten. Dennoch verlangt er bei der einzelnen Uebungshandlung nicht einen Willen Recht zu schaffen, sondern — meines Erachtens ist das ein Bruch seines Gedankengangs — die Vorstellung seitens der Handelnden, daß es ihre „Pflicht im moralischen Sinne" sei so zu handeln. S. Abschnitt IX.

l. 39 D. de leg. im gloſſirten Corpus Juris bringt ihn. Man nahm zwei einzelne Ausſprüche römiſcher Juriſten, die außer der Gemeinſamkeit des Wortes consensus keine irgendwelche Gemeinſamkeit mit einander hatten, und ſchmiedete ſie zu folgendem Syllogismus zuſammen:

Consuetudo non fit sine consensu (l. 32 D. de leg. 1, 3.)

Nihil tam contrarium consensui est quam error qui imperitiam detegit (l. 15 D. de jurisd. 2, 1.)

ergo: Gewohnheitsrecht kann nicht auf Irrthum beruhen. Das Eigenthümliche dieſer Zuſammenſtellung beruht darin, daß consensus im Oberſatz die übereinſtimmende geſetzgeberiſche Abſicht, im Unterſatz die übereinſtimmende Vertragsabſicht zweier Kontrahenten bedeutet. Es iſt wahrſcheinlich, daß die Verfaſſer dieſes Beweiſes unter error im Unterſatz jede Art von Irrthum, auch den motivirenden Irrthum, gedacht haben: dann iſt der Beweis falſch, weil der Unterſatz falſch iſt. Man wird heutzutage an dem Mißverſtändniß nicht mehr feſthalten, daß motivirender Irrthum die Abſicht ausſchließt und daß zwei übereinſtimmende Abſichten, deren jede durch Irrthum motivirt iſt, keinen Konſens bildeten.

Verſteht man indeß die citirte l. 15 D. de jurisd. ſo wie ich (Irrthum S. 556 ff.), ſo ergibt ſich allerdings eine ſchlagende Gleichheit dieſes Irrthumsfalls beim Vertrag mit dem, der beim Gewohnheitsrecht nach dieſer Theorie relevant werden kann. Denn der Irrthum, von welchem der Unterſatz ſpricht, iſt ein ſolcher, nicht etwa welcher bei zwei an ſich irrthumsloſen Willensentſchlüſſen die Uebereinſtimmung derſelben unter ſich negirte, etwa ein Mißverſtändniß — die l. 2 cit. ergibt ſofort, daß beide Parteien in voller Uebereinſtimmung mit einander ſind, — vielmehr ein ſolcher, welcher bei jedem der beiden Kontrahenten übereinſtimmend vorhanden das Daſein einer wahren Vertragsabſicht ausſchließt, nach Savignys Terminologie beiderſeitiger unechter Irrthum, nach der meinen: beiderſeitiger Irrthum als Mangel der erforderlichen Abſicht.

Wenn nun im Schlußſatz, wonach Gewohnheitsrecht durch Irrthum ausgeſchloſſen ſein ſoll, mit dem Irrthum ebenfalls

ein die Absicht ausschließender Irrthum gemeint soll, so ist der Schlußsatz richtig. Und solch ein Irrthum ist nothwendig jeder „Rechtsirrthum" in unserem Sinne. Sobald die (falsche oder richtige) Vorstellung vorhanden ist, daß ein Satz bereits Recht sei, ist der Wille (Absicht), daß dieser Satz Recht werden solle, ganz undenkbar. Und das bleibt wahr, mag man nun an den Willen der Einzelnen oder an den Willen Aller oder an einen „Volkswillen" denken: der Wille (Absicht), daß ein Satz Recht werde, wird durch die Vorstellung, daß er bereits Recht sei, ausgeschlossen.

Nicht alle Anhänger der Willenstheorie machen diesen Schluß[60]), aber alle sollten ihn machen[61]).

Die dargestellte Willenstheorie besticht durch eine gewisse Faßlichkeit und dadurch, daß sie Gewohnheitsrecht und Gesetzesrecht einheitlich zu behandeln und beide auf eine gemeinsame Quelle zurückzuführen scheint. Dennoch halte ich sie in jeder ihrer Gestaltungen für unzureichend und empirisch unrichtig. Unmöglich erscheint es vor Allem, daß die Einzelnen, welche den betreffenden Satz üben, ihn zum Gewohnheitsrecht dadurch machen, daß sie ihn zum Recht machen wollen. Denn selbst wenn ein solcher Wille vorhanden wäre, so bleibt doch das Hauptproblem gänzlich ungelöst: wie denn der Wille weniger Einzelner für alle Anderen Recht solle begründen können. Und verhältnißmäßig Wenige sind es meist doch nur, welche wirklich die Gelegenheit gehabt haben den betreffenden Satz zu üben. Wenn man nicht, wie man allein dürfte, vom consensus utentium, sondern anstatt deß vom consensus omnium spricht, so meint man damit entweder einen einheitlichen Gesammtwillen in der eigenthümlich metaphysischen Bedeutung, die ich später besprechen werde, oder man macht eine derbe Fiktion. Denn die utentes sind nun einmal nicht omnes,

---

60) Z. B. nicht Ad. Schmidt, S. 7. 17—18 und Harum, S. 23—24 u. N. 37—38.

61) Richtig von den gewählten Prämissen aus Gesterding, civ. Archiv III. S. 266; von Aelteren z. B. Gaill, pract. observ. (ed. postr. 1653) lib. II. obs. 31. § 11: error tacitum consensum populi tanquam causam efficientem excludit.

ſind meiſt nicht einmal die Majorität, ſondern ſind eben nur Einige, vielleicht auch Viele. Warum dieſe durch ihren Willen die Anderen binden können, bleibt unerfindlich [62]).

Und wenn dieſe Einzelnen wenigſtens noch den Willen Recht zu ſchaffen, der ihnen angedichtet wird, wirklich hätten! Aber weit entfernt davon! Solch ein Wille wäre vernünftiger Weiſe nur möglich bei den Perſonen, die von der Richtigkeit der hier zurückgewieſenen Theorie überzeugt ſind; denn man wird und kann nur das wollen, was man möglicher Weiſe wenigſtens durch ſein Wollen auch herbeiführen zu können glaubt. Wer aber nicht glaubt, daß er durch ſeinen Willen Recht ſchaffen kann, wird auch dieſen Willen nicht faſſen. Und ſo iſt es denn auch eine zweifelloſe Thatſache der empiriſchen Beobachtung, daß die Subjekte der einzelnen Uebungsakte einen ſolchen Willen thatſächlich faſt nie haben. Der Bauunternehmer, der einen Vorbau vor ſein Haus baut, will damit nicht für künftig einen Rechtsſatz ſtatuiren ſondern will lediglich, wenn er nicht ein ſchon vorhandenes Recht auszuüben meint, das thun, was ihm bequem und nützlich iſt.

Dieſes letztere Argument wird auch dadurch nicht aus dem Wege geräumt, daß man mit dem oben charakteriſirten eigenthümlichen Begriff des „Geſammtwillens", alſo insbeſondere des Volkswillens operirt. Denn wenn auch der Wille der Geſammtheit als ein von den Willen der Einzelnen verſchiedener gedacht werden ſoll, ſo hat er doch jedenfalls keinen anderen Stoff ſeiner Verwirklichung, keine andere Möglichkeit überhaupt erkennbar zu erſcheinen, als durch und in den Willen der Einzelnen. Erſcheint er da nicht, ſo kann er überhaupt als unerkennbar nicht in Betracht kommen. Wie oben geſagt iſt aber ein ſolcher Willen der Einzelnen empiriſch nicht (oder nur ſelten) vorhanden. Wollen wir demnach nicht im Reich der Dichtung bleiben, ſo müſſen wir ſagen, daß bei der Gewohnheitsrechtsbildung von einem einheitlichen Geſammtwillen nichts zu ſpüren iſt.

---

62) Ueber die eigenthümliche Anſicht von Harum ſ. Abſchnitt XIV; der nächſte Grund entſcheidet auch gegen ſeine Theorie.

Der Begriff des „Gesammtwillens“ ist durchaus parallel dem Begriff der Gesammt-(Volks-)Ueberzeugung gebildet, auf welchem die Lehre der historischen Schule beruht. Um mich nicht zu wiederholen, verweise ich hier bezüglich der Frage, ob ein solches psychisches Gesammtphänomen überhaupt und insbesondere als thätig bei der Produktion des Gewohnheitsrechts zu denken ist, lediglich auf die Kritik des Begriffs „Gesammt-Ueberzeugung“ in Abschnitt XII; es wird sich dort herausstellen, daß ein „Gesammtwille“ als Träger der Gewohnheitsrechtsbildung überhaupt nicht (und mindestens nicht immer da, wo sich Gewohnheitsrecht bildet) existirt.

Indeß auch zugegeben, er existirte wirklich, so würde seine Annahme doch das Problem vom Grunde der bindenden Kraft des Gewohnheitsrechts nicht lösen. Man beginnt ohne Weiteres mit dem Satz, daß der Gesammtwille, insbesondere der Volkswille, die Macht hat Recht zu schaffen, ausdrücklich im Gesetz, stillschweigend in der Gewohnheit. Aber was beweist denn die Richtigkeit dieses grundlegenden Satzes? Beim Gesetzesrecht zeigen uns die Thatsachen vielmehr ein ganz entgegengesetztes Bild. Gesetzesrecht ist das, was die gesetzgebenden Personen als Gesetz gewollt haben, nicht der Inhalt des Gesammtwillens. Nun kann allerdings einer Verfassung nach das politisch organisirte Volk Subjekt der Gesetzgebungsgewalt sein; aber als Subjekt des Gewohnheitsrechts meint man ja das Volk im natürlichen Sinn! Und selbst wenn man diese Verwechslung auch übersähe, so wäre damit doch die Entstehung des Gewohnheitsrechts nur für die Staaten erklärt, in welchen eben das Volk Gesetzgebungsgewalt hat, für alle anderen aber nicht [63]); wir bedürfen aber offenbar eines überall gleichmäßig giltigen Grundes. Mit dem Willen des Volkes als eines natürlichen Ganzen läßt sich hier nichts anfangen;

63) Daher unterschieden Aeltere ganz folgerichtig zwischen „demokratischen Staaten“ — hier schaffe der Wille des Volkes wie das Gesetz so auch das Gewohnheitsrecht — und „monarchischen Staaten“ — hier sei Einwilligung des Fürsten zur Entstehung des Gewohnheitsrechts nöthig. So z. B. Guilleaume, S. 24—25. Vergl. auch die interessante Notiz von Vinnius, Comm. ad § 9 J. de J. N. 1, 2.

kein dialektiſcher Kunſtgriff hilft dabei. Sagt man, der Wille der Geſetzgebungsſubjekte gelte als Wille der Geſammtheit, ſo iſt das, man mag es wenden wie man will, Angeſichts der realen Thatſachen eine wirklich traurige Fiktion. Eine dieſer Wendungen könnte die ſein: der Geſetzgeber (ich verſtehe darunter die eine Perſon oder die mehreren Perſonen, welche die Geſetzgebung ausüben) habe ſeine Geſetzgebungsgewalt urſprünglich nur durch die Geſammtheit, dieſe habe alſo, indem ſie ihm die Geſetzgebungsgewalt übertragen habe, allen von ihm künftig zu erlaſſenden Geſetzen zugeſtimmt. Aber auch hiermit ſcheitert man. Denn mögen wirklich hie und da die Geſetzgebungsſubjekte ihre Geſetzgebungsgewalt von einem Volksbeſchluß ableiten, ſo iſt doch wieder das „Volk", welches ſolchen Beſchluß faßt, etwas ganz anderes als das Volk im natürlichen Sinn — wir ſind wieder bei der obigen Verwechslung. Zudem iſt ja zweifellos die Geſetzgebungsgewalt auf andere Weiſe entſtanden, z. B. oft genug durch eigenmächtige Uſurpation Seitens einer kraftvollen Perſönlichkeit. Da wir nun aber bei der allgemeinen Frage nach dem Grunde der verbindenden Kraft des Geſetzes doch eines ſolchen Grundes bedürfen, der für alle Völker gilt, ſo kann es der angegebene nicht ſein. Wenn aber der Volkswille nicht einmal die Gewalt hat, ausdrückliche Geſetze zu geben: wie ſoll er denn die Gewalt haben, ſtillſchweigend Recht zu ſchaffen? Iſt das etwa ein ſtillſchweigendes Reſervatrecht von Urzeiten her? Von Unmöglichkeit zu Unmöglichkeit gedrängt, bleibt nichts übrig, als dieſe Idee ganz fallen zu laſſen.

Und wollte man auch wirklich zugeben, daß es überall der Volkswille ſei, der Geſetz und Gewohnheitsrecht ſchafft, ſo könnte man das doch nur unter der Prämiſſe thun, daß der Einzelne durch den Volkswillen, etwas ſolle Recht ſein, auch wirklich rechtlich gebunden wird. Aber daß dieſe Prämiſſe ſelbſt erſt wieder des Beweiſes bedarf, leuchtet ein. Schon der Satz, daß der Einzelne durch ſeinen eigenen Willensakt an das von ihm Gewollte gebunden ſei, iſt kein ſo ſelbſtverſtändlicher Gedanke, wie man vielfach angenommen hat; neuere Unterſuchungen haben das nachgewieſen. Der Volkswille ſoll

aber nicht der Wille des Einzelnen ſondern ein von dieſem verſchiedener Wille ſein, und ſo bleibt in voller Schärfe das Problem beſtehen, das man zu löſen unternahm: wie kann ein Wille einen anderen von ihm verſchiedenen Willen binden?

Man kann endlich ſelbſt dieſe Prämiſſe zugeben, und doch bleibt die Theorie vom Geſammtwillen unzureichend. Das Volk ſei alſo das Subjekt der höchſten Recht ſchaffenden Gewalt: ſo iſt damit immer erſt die bindende Kraft des allgemeinen, nicht die des beſonderen Gewohnheitsrechts erklärt. Hier wird man, wie ſchon oben geſchildert, nothwendig dazu gedrängt, den Begriff der Autonomie zu Hilfe zu nehmen. Denn daß irgend ein Theil des Volks als ſelbſtändige Perſon innerhalb des Staats die Kraft haben ſoll Recht zu ſchaffen, kann man nicht als ſelbſtverſtändliches Prinzip aufſtellen, vielmehr beruht das nur auf beſonderer geſchichtlicher Entwicklung. Nur dann kann ein ſolcher kleinerer Kreis Gewohnheitsrecht ſchaffen, wenn er überhaupt Recht ſchaffen kann, d. h. Autonomie hat.

Gegen dieſen Ausweg iſt der Einwand durchſchlagend, daß viele der kleinen und durch den Zufall des Berufs und der Thätigkeit zuſammengewürfelten Perſonenkreiſe zwar Gewohnheitsrecht aus ſich heraus ſchaffen können, aber doch keine Autonomie haben. Und für dieſe wird man ſchließlich wieder auf den letzten Nothweg gedrängt und ſucht bei der Theorie von der Geſtattung des Geſetzgebers Zuflucht. Damit aber iſt der Boden der hier kritiſirten Theorie verlaſſen.

VIII. 3) Die Ueberzeugungstheorien.

Die heute noch vorherrſchende Anſicht verlangt zur Bildung eines Gewohnheitsrechts, daß eine „Rechtsüberzeugung“ vorhanden ſei.

Aeltere (und einige wenige Neuere) erfordern dieſe Rechtsüberzeugung lediglich bei den Einzelnen, welche das Gewohnheitsrecht üben. Die Rechtsüberzeugung der Einzelnen iſt dann, eben weil ſie Erforderniß iſt, auch Kauſalmoment für

die Entstehung des Gewohnheitsrechts. Indeß habe ich nicht gefunden, daß man diese Ueberzeugung der Einzelnen geradezu als Grund der bindenden Kraft des Gewohnheitsrechts angesehen hätte. Denn es würde sich sofort das sehr schwere Bedenken erheben: wie denn die Rechtsüberzeugung Einzelner alle Anderen solle binden können? In der That wäre der Grund hiervon nicht einzusehen. Ja es würde sich aus dieser Grundlage nicht erklären lassen, warum weiter noch eine gleichmäßige Gewohnheit, warum längere Uebungszeit und öftere Uebungsakte erfordert würden.

Eben weil diese Gegengründe gar nicht zu übersehen waren, haben denn auch die, welche nur die Rechtsüberzeugung der einzelnen Uebungs-Subjekte erfordern, den Grund für die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts in etwas Anderem, Hinzukommendem, insbesondere in der Gestattung des Gesetzgebers gesucht, oder sie haben die Frage nach jenem Grunde unerörtert gelassen[64]). Wenn im Folgenden dennoch auch diese Ansicht erwähnt wird, so geschieht das (s. oben S. 363), um zu zeigen, was sich aus ihr für das Erforderniß der Nichtirrthümlichkeit ergibt.

Indem die historische Schule die Gestattung des Gesetzgebers als Grundlage der Theorie verwarf, bedurfte sie einer neuen Grundlage; zugleich wollte sie die Lehre von den Erfordernissen des Gewohnheitsrechts nicht äußerlich neben jene Grundlage stellen sondern aus ihr ableiten. Beides erreichte sie dadurch und dieß ist das Charakteristikum aller Theorien der historischen Schule, daß sie über dem psychischen Verhalten der Einzelnen ein psychisches Gesammtphänomen statuirte[65]), und zwar vor Allem eine „Volksüberzeugung" — die Begriffsfigur

---

64) Z. B. Brinz, Pandekten, 2. Aufl. I. S. 114.

65) Hierzu und zum folgenden: Puchta, Institutionen § 10 ff. Gewohnheitsrecht I. S. 133 ff.; Savigny, § 7; ferner z. B. Beseler, Volksrecht S. 82, System § 29 („das Volk als Naturganze"); Stahl, S. 234, v. Scheurl in Doves Zeitschrift, z. B. II. S. 189, III. S. 45; Regelsberger, S. 330, 334, 343, 345, 346, 348; Sintenis § 2, § 3 N. 43; Brinckmann, Gewohnheitsrecht S. 1—2, und viele Andere; für mich zu vergl. Bierling, Grundbegriffe S. 55 ff.

des „Volkswillens“ wurde schon an anderer Stelle erwähnt. Denkt man konsequent, so muß man auch, da eine Ueberzeugung ein überzeugtes Subjekt voraussetzt, eine Gesammtperson, vor Allem das Volk, als Träger jener Gesammtüberzeugung, hypostasiren, d. h. man muß annehmen, daß es ein unsichtbares von den einzelnen Volksgenossen verschiedenes und ein selbständiges Dasein über ihnen führendes einheitliches Wesen „Volk“ gibt, welchem die Fähigkeit psychischer Erscheinungen beiwohnt, welches also einen Geist, Volksgeist, hat[66]).

Dieser Volksgeist ist die „Quelle“ der rechtlichen Ueberzeugung des Volks[67]), diese rechtliche Ueberzeugung des Volks wiederum die „Quelle“ des Rechts[68]). Die Volksüberzeugung produzirt das Recht entweder unmittelbar (Gewohnheitsrecht) oder durch Repräsentanten, Organe (Gesetzgeber und Juristen)[69]).

Diese Auffassungsart ist wohl nicht ohne Anknüpfung an frühere Anschauungen entstanden. Ob schon die römischen Juristen mit ihrem consensus omnium, auf welchen sie das Gewohnheitsrecht zurückführten, an einen einheitlichen Volkswillen oder nicht vielmehr nur an die Summirung von Einzelwillen dachten, bleibt dahingestellt. Wie alt jedenfalls die Auffassung des Volks als einer einheitlichen Persönlichkeit und die Idee des Gesammtwillens ist hat noch letzthin Gierke in seinem Johannes Althusius und im dritten Bande seines deutschen Genossenschaftsrechts in interessantester Weise gezeigt. Die historische Schule führte in ihrer Lehre von der organischen Entstehung des Rechts nur ältere Gedanken, und zwar gerade in besonderer Hinsicht auf das Privatrecht, weiter. Auch heute noch ist es die allgemein herrschende Ansicht, daß der Grund

---

66) Vergl. Puchta, Institutionen § 10 ff., Gewohnheitsrecht I. S. 133 ff.; Savigny, § 7.

67) I. S. 139.

68) I. S. 143.

69) I. S. 145, 147; Savigny, S. 39: das Gesetz ist das Organ des Volksrechts; der Gesetzgeber ist „der wahre Vertreter des Volksgeistes.“ Nach diesen Citaten berichtigt sich, was Bierling S. 55 sagt.

der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechts in der Rechtsüberzeugung der Gesammtheit, in der „allgemeinen Rechtsüberzeugung" liege. Freilich ist der Gedanke eines wahren einheitlichen psychischen Phänomens, wohl bei Vielen heutzutage verwischt, obwohl doch nur hierauf die Puchta-Savigny'sche Theorie aufgebaut war. Eine „allgemeine" Rechtsüberzeugung des Volks oder Volkstheils wird aber als hauptsächlichstes und erstes Erforderniß überall festgehalten.

Ueber die Bedeutung der einzelnen Uebungsakte gehen die Ansichten dann sogleich weit auseinander.

Die Urheber dieser ganzen Theorie, Puchta und Savigny, und ihnen folgend manche Neuere[70]) meinen, die allgemeine Rechtsüberzeugung sei bereits an und für sich selbst Recht, und sehen in der thatsächlichen Uebung des betr. Satzes nur eine Erkenntnißquelle des Gewohnheitsrechts, wobei es mir konsequent erscheint, anzunehmen, daß die Uebung auch nicht die einzige und ausschließliche Erkenntnißquelle des Gewohnheitsrechts sei und auch ungeübtes Gewohnheitsrecht möglich sein müsse[71]). Andere — die jetzt herrschende Meinung! — halten die thatsächliche Uebung für ein Entstehungserforderniß (Entstehungsquelle) des Gewohnheitsrechts; noch Andere pactiren zwischen beiden Anschauungen[72]).

---

70) Z. B. Brinckmann, das Gewohnheitsrecht S. 2; Stobbe, D. Privatrecht 1. A. § 22 Nr. 2; Thoel, Einleitung S. 131; Brandis, kritische Vierteljahrsschrift XXIII. S. 206; ebenso O.-Trib. Berlin, 19. Juni 1848 bei Seuffert III. 293; O.-A.-G. Wiesbaden, 27. Februar 1855 bei Seuffert XIII. 204; wohl auch das Reichsgericht in der Entscheidung oben Nr. 5. — Daß Puchta und Savigny hier nicht zu nennen seien, versucht Zrodlowski, I. S. 31 bis 32 nachzuweisen.

71) Diese von Manchen abgelehnte Forderung zieht in voller Schärfe z. B. Thoel, Handelsrecht I. 5. A. S. 42 N. 4; für frühere Zeiten Böhlau, S. 273 N. 17, S. 318 ff., der nur freilich S. 325 ganz richtig darauf aufmerksam macht, daß das nicht in der Form der Gewohnheit dokumentirte Recht auch nicht Gewohnheitsrecht genannt werden dürfe.

72) Z. B. Unger, I. § 5 bei N. 21: Die Uebung sei nicht „Entstehungsursache", nicht „Erscheinungsform", sondern „Entstehungsform".

Damit nun aber der einzelne Uebungsakt, sei es taugliche Erkenntnißquelle, sei es taugliche Entstehungsquelle des Gewohnheitsrechts sei, ist jedenfalls erfordert, daß das einzelne handelnde Subjekt bei seiner Handlung jene allgemeine Rechtsüberzeugung theile, von ihr geleitet sei.

Es ist nöthig, gerade dieses doppelte Moment zu unterscheiden: die Ueberzeugung des Einzelnen, der den Rechtssatz übt, ist erfordert, damit dieser Uebungsakt sich überhaupt als ein zur Erkenntniß oder zur Entstehung des Gewohnheitsrechts tauglicher Uebungsakt qualifizire; aber der Grund der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechts liegt selbst für die, welche in den einzelnen Uebungsakten ein Entstehungserforderniß des Gewohnheitsrechts sehen, nicht in dieser Rechtsüberzeugung des Einzelnen sondern in einem eigenthümlichen Einheitsphänomen, in der allgemeinen Rechtsüberzeugung, welche etwas Anderes sein soll als die bloße Addition aller oder der Mehrheit der einzelnen Rechtsüberzeugungen.

Die Hauptschwierigkeit der Darstellung und Kritik dieser Theorie liegt in der Unsicherheit und Unklarheit des mit dem Wort „Rechtsüberzeugung" verbundenen Sinns. Und doch ist eine völlige Sicherheit hierüber für die praktischen Konsequenzen dieser Lehre unumgänglich nothwendig. Denn ich glaube als zweifellos nachweisen zu können, daß insbesondere für die Irrthumsfrage eine verschiedene Entscheidung folgt je nach dem, was man unter Rechtsüberzeugung versteht. Mir scheint nun, was man auch sagen mag, auf die Frage, was Rechtsüberzeugung sei, *für unsere Zeit* nur eine doppelte Antwort möglich: die Ueberzeugung, daß der geübte Satz ein Satz des geltenden Rechts sei, oder die Ueberzeugung, daß er ein Satz des vielleicht nicht geltenden aber doch gelten

---

Böhlau, S. 271 fg.: Unterscheidung zwischen „begrifflicher Existenz und Anwendbarkeit des Rechts"; s. auch Dahn, S. 238: Unterscheidung zwischen „theoretischem innerem und praktischem äußerem Recht"; und Bangerow, S. 41: „der Rechtssatz an sich ist allerdings schon vor der Gewohnheit da, . . . aber die praktische Geltung nur erst durch die Uebung" ꝛc.; ferner Böcking, Pandekten I. S. 15.

ſollenden Rechts, ein Satz der Gerechtigkeit, oder wie man ſich ſonſt ausdrückt, ſei[73]).

Es iſt hier ſofort der Einwand zu gewärtigen, daß dieſe ſcharfe Unterſcheidung zwiſchen der Ueberzeugung des Rechts und des Gerechten unthunlich und unangemeſſen ſei, beides fließe in einander.

Dieß kann heißen ſollen, beides werde von dem Subjekt oder Träger des Gewohnheitsrechts, dem Volk u. ſ. w., nicht unterſchieden. So ſagt Thoel[74]): den Uebungsakten eines Gewohnheitsrechts liegt zu Grunde „der Glaube, das Gefühl, die Ueberzeugung, daß es ſo und nicht anders billig oder was gleich iſt recht, daß es allein ſo recht und billig ſei. Das Volk unterſcheidet für das, was es als richtig anerkennt, nicht zwiſchen recht und billig".

Ich muß die Richtigkeit dieſer Sätze, wenn ſie allgemein oder auch nur im Durchſchnitt gelten wollen, für unſere Zeit mit Entſchiedenheit beſtreiten. Allerdings hat es eine Zeit gegeben, wo jener Gegenſatz noch nicht exiſtirte, ich werde das weiterhin (Abſchnitt XIII) noch beſonders in's Auge faſſen. Eine Darſtellung aber der Lehre vom Gewohnheitsrecht für die heutige dogmatiſche Jurisprudenz hat auch die heutige Zeit und ihre Verhältniſſe zum Beobachtungsobjekt und muß daher jene Unterſcheidung nothwendig machen.

Das Recht hat als weſentliches Merkmal die Poſitivität; die Gerechtigkeit iſt das Ideal, welches verwirklicht werden ſoll, iſt aber eben als Ideal bei der Unvollkommenheit unſerer

---

73) Für dieſe Alternative auch R. Schmid, Theorie und Methodik S. 219 unten.

74) Einleitung S. 131, Handelsrecht I. S. 38; Seuffert, Erörterungen I. S. 27—28; Stahl, S. 227: die „urſprüngliche Einheit des Volksbewußtſeins" unterſcheidet das was Recht und das was gerecht iſt nicht, und wenn auch ſpäter im „öffentlichen Bewußtſein eine gänzliche Trennung des Gerechten und des Poſitiven" entſteht (ebenda), ſo bleibt doch in der gewohnheitsrechtlichen Bildung das unreflektirte Bewußtſein des Volks thätig (S. 234, 236, 242 fg.); Bruns in v. Holtzendorff's Encyklopädie 4. A. S. 398 „was das Volk für recht und billig hält"; ebenſo Zrodlowski I. S. 30, ſ. indeß auch S. 33, 34.

Verhältniſſe noch nicht Recht. Wenn aber, wie Niemand wird bezweifeln wollen, die Begriffe Recht und Gerechtigkeit ſowohl logiſch wie ihrem empiriſchen Umfange nach verſchieden ſind, wie ſoll das Volk allgemein dazu kommen, beides zu identifiziren? Es handelt ſich ja dabei um keine geheimnißvolle wiſſenſchaftliche Diſtinction, ſondern um eine ganz einfache Unterſcheidung, die bei einiger Aufmerkſamkeit faſt jeder macht und machen kann.

Daß es freilich einige Leute gibt, die dazu nicht im Stande ſind, gebe ich zu; aber die Regel iſt das nicht. Ich berufe mich dafür auf zweifelloſe Beobachtungen: täglich können wir es hören, wie auch der Ungebildete einen Satz, den er als Rechtsſatz anerkennt, kritiſirt, als gut oder ſchlecht bezeichnet; er ſtrebt ſeine Abänderung an oder widerſetzt ſich derſelben, er wählt in die geſetzgebenden Verſammlungen, damit durch die Geſetzgebung das Recht, welches iſt, mit dem, welches ſeiner Meinung nach ſein ſollte, ausgeglichen werde — alles das iſt ja aber ſelbſtverſtändlich nur möglich, wenn und weil er das Recht welches iſt und das welches ſein ſoll unterſcheidet.

Wenigſtens uns Juriſten aber wird man die Fähigkeit dieſen Unterſchied zu machen doch wohl allen zutrauen? Und wir Juriſten ſind doch auch Volk und demnach auch beim Gewohnheitsrecht betheiligt. Und wird nicht ſogar überall und ſo auch beſonders von Thoel[75]) geſagt, daß das Gewohnheitsrecht heutzutage überwiegend Juriſtenrecht iſt? Welche Rechtsüberzeugung verlangt man nun von den Juriſten als Trägern des Gewohnheitsrechts? Hier iſt die Unterſcheidung doch unumgänglich nothwendig!

Nur ſo viel iſt richtig, daß dieſe Unterſcheidung nicht immer von dem Handelnden, namentlich wenn er Laie iſt, zu klarem Bewußtſein emporgehoben wird. Eine ſolche unklare Vorſtellung muß aber beurtheilt werden nach dem, als was ſie ſich auf ſtärkeren Reiz (z. B. auf direkte Frage) hin herausſtellen würde; ich kann dieß hier, um den Zuſammenhang

75) Einleitung S. 131.

nicht zu sehr zu stören, nicht näher besprechen, komme aber bei anderer Gelegenheit darauf zurück.

Jener Einwand kann aber ferner bedeuten, daß die Schriftsteller und Gerichte Beides nicht genügend auseinanderhalten, und das gebe ich zu, aber als eine bedauerliche Thatsache. Denn je nachdem man die eine oder die andere Art der Ueberzeugung zur Grundlage der Theorie macht, ergeben sich wie gesagt praktisch durchaus abweichende Konsequenzen. Soviel Zweifel indeß auch hinsichtlich Einzelner[76]) noch bleiben: im Großen und Ganzen lassen sich die Schriftsteller, welche „Rechtsüberzeugung" verlangen, doch in diese zwei Gruppen theilen: die Meisten erfordern die Ueberzeugung daß der betr. Satz Recht sei, Andere[77]) die Ueberzeugung, daß er Recht sein solle. Zu den letzteren stelle ich auch diejenigen, welche wie Thoel eine scharfe Unterscheidung ablehnen.

Einige Schriftsteller sprechen ex professo anstatt von Rechtsüberzeugung von Rechtsgefühl[78]). Wäre damit ein völlig unbewußtes Gefühl gemeint, so fiele das Requisit der Rechtsüberzeugung natürlich fort. Aber das meint man offenbar nicht, man denkt vielmehr an ein mehr oder minder bewußtes Gefühl. Diese Bewußtheit ist aber offenbar wieder identisch mit dem erforderten Rechtsbewußtsein, also mit der Ueberzeugung entweder, daß der betr. Satz Recht sei, oder daß er Recht sein sollte[79]). Ueberzeugung ist ja nicht blos die Vorstellung, die aus der Reflexion stammt, sondern auch die, welche sich

---

76) Nicht klar ist mir z. B. geworden, was Lüders (das Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete der Verwaltung, 1863) meint. S. 36, 40, 46 ließen vielleicht darauf schließen, daß er bei den Einzelnen eine Ueberzeugung von der Gerechtheit des Satzes verlangt, aber s. auch die Erklärung der opinio necessitatis S. 52. — Vergl. hierzu Adickes, S. 37.

77) Das ist nicht die Mehrzahl, wie Sturm, Kampf S. 6 meint.

78) So Seuffert, Erörterungen S. 28, Bruns, S. 398; auch Schwanert, Gesetz und Gewohnheit S. 19 definirt die opinio necessitatis als „Gefühl des Gebundenseins"; beiden folgend Sturm, Kampf S. 6, 7, 18, 19, 20, 38, 41, dieß sei keine Ueberzeugung (S. 6) — und doch soll es ein Rechtsglaube sein (Kommissivdelikte S. 90).

79) Richtig erkannt von Brandis, krit. Vierteljahrsschrift XXIII. S. 205.

unmittelbar auf den Inhalt eines Gefühls bezieht. Demnach lassen sich auch die Vertreter des „Rechtsgefühls“ in eine der beiden folgenden Gruppen einreihen.

IX. 3) a. Die Gerechtigkeits-Ueberzeugung.

Die Formulirungen dieser letzteren Theorie, mit der ich beginne, sind nicht übereinstimmend. Am weitesten und daher wohl passendsten ist es von der Ueberzeugung zu reden, daß der betreffende Satz Recht sein sollte[80]). Vielfach wird diese Ueberzeugung dahin gehen, daß der betreffende Satz gerecht sei, und daher erfordern Manche für die einzelnen Uebungshandlungen die Ueberzeugung des Handelnden, daß er gerecht handle[81]). Ich nenne deshalb diese ganze Theorie, wo ich sie kurz bezeichnen will, die Gerechtigkeitstheorie, indem ich die Mangelhaftigkeit dieser Namengebung zu übersehen bitte. Sie ist mangelhaft, weil in vielen Fällen des Gewohnheitsrechts ganz ersichtlich nicht von einer Gerechtigkeit sondern höchstens von einer nach Ort und Zeit verschiedenartigen Zweckmäßigkeit u. dergl. die Rede sein kann.

Einige bezeichnen denn auch die erforderliche Ueberzeugung als die Ueberzeugung, in der Anwendung eines Satzes „billig“[82]), „angemessen“[83]), „zweckmäßig“[84]) u. dergl. zu handeln.

80) So sagt z. B. Brinz, 2. A. I. S. 114: „Nur daß Rechtens sein solle, was man thut, und daß man also wohl daran thue, so zu handeln, ist der Gedanke, von dem die zur Gewohnheit führende That begleitet sein muß, nicht daß es schon Rechtens sei“; ebenso Zoll in Iherings Jahrbüchern XIII. S. 417 N. 2; Unger, I. § 5 Text vor N. 23: „Ueberzeugung des Volks von dem was Recht sein soll.“ Das O.-Trib. Stuttgart versteht in der Entscheidung bei Seuffert XV. 217 a. E. unter Rechtsbewußtsein des Volks offenbar ein Bewußtsein von dem, was Recht sein soll.

81) Z. B. Seuffert, Erörterungen I. S. 27 fg.: „zu thun, was recht und gerecht ist.“

82) So Thoel, Bruns, Zrodlowski oben Note 74 cit.

83) Baron, Pandekten § 4 „Meinung, daß dieß“ (d. h. der betr. Satz) „das rechtlich angemessene sei“.

84) O.-A.-G. Dresden bei Seuffert XX. 255 „gemeinschaftliche Ueberzeugung von der Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit einer gewissen Handlungsweise“.

Andrerseits findet sich sogar die Wendung[85]), die einzelnen Uebungshandlungen müßten aus der Vorstellung hervorgegangen sein, daß es moralische Pflicht sei so zu handeln.

Endlich gehört auch Stahl hierher. Nach ihm (S. 234) entspringt alles Recht und so auch das Gewohnheitsrecht aus dem Bewußtsein, sei es der Obrigkeit bei der Gesetzgebung, sei es des Volks bei der gewohnheitsmäßigen Uebung, „ein Gebot Gottes (wo der Gottesglaube fehlt, eine sittliche Nothwendigkeit) zu erfüllen, dem man gebunden ist“[86]).

Nicht alle eben besprochenen Schriftsteller verlangen übrigens eine allgemeine Volksüberzeugung des angegebenen Inhalts, Einige[87]) vielmehr nur die Ueberzeugung bei dem einzelnen Handelnden; auch leiten nicht Alle von ihnen gerade aus dieser inneren Ueberzeugung den Grund der bindenden Kraft des Gewohnheitsrechts her[88]).

Wie verhält sich diese Theorie, wenn man sie als richtig annimmt, zu dem Satz, daß Gewohnheitsrecht nicht auf Irrthum beruhen dürfe?

Dieser Satz kann nicht bedeuten, daß die Ueberzeugung selbst nicht irrthümlich sein dürfe. Sie wäre es, wenn etwa ein Satz für gerecht, für zweckmäßig gehalten würde, der es in Wahrheit nicht ist. Aber wer sollte darüber entscheiden? Der Richter? das hieße einfach die Geltung jedes Gewohnheitsrechtssatzes in Frage stellen. Ueberdies wäre solch ein

---

85) Ad. Schmidt S. 4. Ueber seinen Begriff der Moral s. allerdings S. 3. Vergl. oben N. 59.

86) S. auch S. 241: „die Macht der Weltordnung Gottes bestimmt als ein Bewußtsein der Gebundenheit (opinio necessitatis) das Handeln der Menschen“. Das „Gerechtigkeitsmoment“ s. auch S. 227 u., 234 fg. Dagegen S. 253 fg. „fortwährende Beobachtung einer Norm im Bewußtsein ihrer bereits bestehenden Verbindlichkeit.“ Stahl meint eben (s. oben N. 74) das Volk unterscheide beim Gewohnheitsrecht nicht, was Recht und was gerecht sei.

87) Z. B. Seuffert, auch Brinz, der aber doch den consensus omnium der l. 32. § 1 de leg. und die civitas vel provincia der l. 34 eod. citirt.

88) Ueber Schmidt s. oben N. 59, über Stahl unten Abschnitt XIV, Brinz spricht über diesen Grund, soviel ich verstehe, nicht.

Irrthum auch kein Rechtsirrthum, und auf dieſen haben wir die Unterſuchung beſchränkt.

Ein ſolcher Rechtsirrthum kann natürlich ſehr wohl vorkommen und wichtig ſein; d. h. es kann ſich herausſtellen, daß die einzelnen Akte, welche als Uebungsakte eines behaupteten Gewohnheitsrechts angeführt werden, motivirt worden ſind durch die Vorſtellung, der betreffende geübte Satz ſei bereits geltendes Recht. Dann kann aus ihnen nicht ohne Weiteres der Schluß gezogen werden, daß auch die Ueberzeugung, der Satz ſei gerecht, vorhanden geweſen ſei. Es bedarf indeß nicht langer Ueberlegung, um zu erkennen, daß auch beide Ueberzeugungen: die, daß der betreffende Satz Recht und die, daß er gerecht ſei, oder wenn er auch nicht Recht wäre, es doch ſein ſollte, friedlich neben einander vorkommen können: die erforderte Ueberzeugung des Gerechten wird durch jenen Irrthum durchaus nicht ausgeſchloſſen, ſelbſt in den Fällen gewohnheitsmäßig falſcher Interpretation einer beſtimmten Geſetzesſtelle nicht.

Man darf alſo nicht negativ ſagen: Erforderniß iſt, daß kein Irrthum da ſei, vielmehr muß es poſitiv heißen: Erforderniß iſt, daß die Ueberzeugung, der betreffende Satz ſei gerecht, vorhanden ſei. Der Irthum iſt nach dieſer Theorie gänzlich irrelevant, und nur ſoviel iſt wohl richtig, daß das Vorhandenſein des Irrthums, ein Satz ſei bereits Recht, hie und da wohl eine energiſche Reflexion darüber, ob er gerecht u. ſ. w. ſei oder nicht, faktiſch nicht aufkommen laſſen wird.

X. 3) b. Die Rechtmäßigkeits-Ueberzeugung.

Weitaus die Meiſten, welche eine „Rechtsüberzeugung“ erfordern, mögen ſie nun die Uebungsakte bloß als Erkenntnißquellen oder als Entſtehungsquellen des Gewohnheitsrechts anſehen, verſtehen darunter die Ueberzeugung, daß der geübte Satz Recht ſei. Als Beiſpiel in den folgenden kritiſchen Unterſuchungen könnte man nun die Darſtellungen von ſehr vielen der neueren Schriftſteller gebrauchen. Da dieſe indeß ihren Begriff der Rechtsüberzeugung aus der Puchta-

Savigny'schen Lehre entlehnt haben, so werde ich als Hauptparadigma Puchtas und Savignys[89]) bezügliche Ausführungen nehmen, und da es nicht auf kritische Vollständigkeit ankommt, zum Belege meiner Behauptungen nur beliebige einzelne andere Schriftsteller herausgreifen. Denn festzustellen, was Puchta und Savigny unter „allgemeiner Rechtsüberzeugung" und dergl. denken, was also der von ihnen verwendete Grundbegriff bedeutet, darin gerade liegt die Hauptschwierigkeit, und man kann fast sagen, eine fast unüberwindliche Schwierigkeit. Der Begriff verwandelt sich unter den Händen dessen, der ihn kritisch anfassen will; eine mystische und nebelhafte Unbestimmtheit wohnt ihm bei, die seine Betrachtung zu einer unerquicklichen und ermüdenden macht. Es ist darum auch ganz außerordentlich schwierig, das, was Puchta und Savigny über den Irrthum beim Gewohnheitsrecht denken, auf einfache und klare Sätze zu bringen, und wenn ich im Folgenden die Rekonstruktion ihrer Gedanken versuche, so ist auch bei der redlichsten Mühe die Möglichkeit eines Fehlgehens nicht ausgeschlossen. Ja ich wage die Behauptung, daß Puchta selbst den eigentlichen treibenden Gedanken über das, was unter Rechtsüberzeugung zu denken ist, sich nicht zu klarem Bewußtsein gebracht hat; er hat seine eigentliche Meinung nirgends klar ausgesprochen. Und doch ist ohne die Ermittlung dieses latenten aber die Einzelausführungen mächtig beeinflussenden Gedankens Puchtas Buch weder voll zu begreifen noch zu kritisiren. Savigny legte dann genau denselben Begriff von Ueberzeugung zu Grunde wie Puchta, indeß auch fast immer ohne das entscheidende Begriffsmoment klar hervorzuheben: nur an einer einzigen

89) Puchtas Lehre ist zwar in ihren Grundzügen schon von Savigny, Beruf Kap. 2 ausgesprochen, indeß doch erst von Puchta vollständig entwickelt und Savignys spätere Darstellung beruht wesentlich auf Puchta. Man darf deßhalb eher von einer Puchta-Savigny'schen als von einer Savigny-Puchta'schen Theorie sprechen. Mit „Puchta, Jahrbücher" ist Puchtas Kritik gegen Beseler in den Jahrbüchern für wissenschaftliche Kritik 1844 gemeint. Die „Institutionen" sind in der 6. Aufl. citirt.

Stelle geſchieht dieß, ohne daß beſonderes Gewicht darauf gelegt würde. Und ſo findet ſich denn bei den Späteren das eigentlich entſcheidende Begriffsmoment, ſoviel ich ſehe, nirgends ſcharf ausgeſprochen. Dieſes Begriffsmoment iſt aber gerade das für die Frage vom Einfluß des Irrthums Ausſchlag gebende.

Die außerordentlichen Verdienſte hervorzuheben, welche ſich Puchta und Savigny um die Vertiefung der Lehre vom Gewohnheitsrecht erworben haben, kann heutzutage als überflüſſig gelten und iſt hier nicht am Platz; wenn ſich die folgenden Abſchnitte hauptſächlich mit den Schwächen ihrer Lehre beſchäftigen, ſo hat das in der Natur meiner Aufgabe ſeinen Grund, nicht in dem Ueberſehen jener großen Vorzüge.

Ich beginne alſo mit der Entwicklung der Puchta-Savigny'ſchen Lehre[90]).

Das Recht iſt die gemeinſame rechtliche Ueberzeugung, das gemeinſame rechtliche Bewußtſein des Volks (oder einer Volksabtheilung), und als ſolche oder ſolches Aeußerung oder Erzeugniß des Volksgeiſtes[91]). Jene beiden Ausdrücke ſind nach Savignys[92]) und Puchtas[93]) Vorgang ſtereotyp in der

---

90) Wobei ich übrigens bemerke, daß Savigny die im Text dargeſtellte Theorie nicht für alle, ſondern nur für den größten Theil der Gewohnheitsrechtsſätze als richtig behauptet. Bei dem anderen Theil derſelben erklärt er die thatſächliche Uebung für ein Entſtehungserforderniß und läßt das Erforderniß der Rechtsüberzeugung in dem eigenthümlichen Sinn, den er damit verbindet, fallen. S. Syſtem I. S. 35 bis 37, 41, 176. Ich komme an anderer Stelle hierauf noch einmal zurück (Abſchnitt XII. 2, XIV).

91) Puchta, I. S. 3, (133 ff.), 138 fg.; Savigny, S. 14 fg., 17, 19, 24, 56.

92) Vom Beruf (1. Aufl.) S. 8, 11, 12.

93) Er ſpricht in ſeinem „Gewohnheitsrecht" namentlich von „Ueberzeugung", in den mannigfachſten Wendungen: unmittelbare Ueberzeugung (I. S. 58, 61, 130, 144; II. S. 15, 20); ſtillſchweigende Ueberzeugung (I. S. 108, 171); natürliche Ueberzeugung (I. S. 78, 79, 126, 144, 180); natürliche und ſtillſchweigende Ueberzeugung (I. S. 83, 143); Uebereinſtimmung der Ueberzeugung (I. S. 78, 81); nationelle Ueberzeugung (II. S. 12 fg., 69); Volksüberzeugung (I. S. 53, 58, 61, 83, 100, 127, 130, 143, 144; II. S. 15, 17, 20, 29, 49, 54, 55,

Literatur unſerer Lehre geworden; faſt Jeder verwendet ſie, und zwar werden ſie faſt immer als gleichbedeutend[94]) gebraucht; auch der Ausdruck „Rechtsanſicht“ findet ſich als Wechſelbegriff verwendet[95]).

Zum Inhalt hat dieſe Ueberzeugung, daß der Satz, um den es ſich handelt, Recht ſei, nicht bloß, daß er Recht ſein ſolle.

Dieß kann nicht bezweifelt werden. Puchta ſagt einmal[96]), eine Sitte werde Rechtsſitte, „wenn die Ueberzeugung von der Angemeſſenheit und Zweckmäßigkeit in eine rechtliche übergeht.“ Alſo iſt die rechtliche Ueberzeugung noch etwas Anderes gegenüber jener. Sie wird näher erklärt als „Ueberzeugung von dem was Recht iſt“[97]). Und Savigny präciſirt ſie[98]) als „die gemeinſame unmittelbare Ueberzeugung von dem Daſein und der Giltigkeit einer Rechtsregel“.

---

75 u. ſ. w., vergl. I. S. 132); Savigny I. S. 16, 181, 196. — 179. — 176, 182. In Puchtas II. Bande findet ſich öfter ſchon „Bewußtſein“ (II. S. 18, 19, 21, 65, 78 ꝛc. auch I. S. 4, 59), das dann Savigny viel gebraucht: Syſtem I. S. 14, 16, 17, 32, 33, 35, 42, 45, 81, 148, 149, 150, 177, 182.

94) Beweis: Savigny S. 177. In Puchtas Inſtitutionen fehlen freilich ſchiefe Wendungen nicht, z. B. das gemeinſame Bewußtſein eines Volks überhaupt ſei auch Quelle der rechtlichen Ueberzeugungen (S. 21—22), Bewußtſein des Volks iſt hier = Volksgeiſt. Umgekehrt ſcheint § 13 i. A: die Volksüberzeugung drücke ſich in dem Bewußtſein der Glieder des Volks ab. Die Darſtellung in den Inſtitutionen iſt überhaupt nicht entfernt ſo präzis wie die im „Gewohnheitsrecht“. — Nur Beſeler will beide Begriffe unterſcheiden: Rechtsüberzeugung = ein durch Reflexion erworbenes Wiſſen, daher beim Juriſtenrecht erforderlich; Rechtsbewußtſein = unmittelbare Rechtsanſchauung, das zum Bewußtſein erſtarkte Rechtsgefühl; Syſtem § 30 N. 1, S. 95 a.

95) Puchta, z. B. II. S. 9, 13, 18–20; Jahrbücher S. 9; Pandekten § 16; Inſtitutionen S. 22; Vorleſungen I. § 11 Nr. 2; vergl. auch „Volksanſicht“ bei Savigny S. 38 Note.

96) I. S. 171; ſ. auch S. 7 Note.

97) Puchta I. S. 141.

98) S. 146; er gibt dieſen Begriff als den der römiſchen Juriſten aus, offenbar ihn für richtig haltend; ſ. S. 145 „im Ganzen befriedigende Anſichten“. Vgl. oben S. 365, N. 50.

Was „Rechtsüberzeugung des Volks“ ist, läßt sich auch abnehmen aus dem, als was die Rechtsüberzeugung der Einzelnen, die den betreffenden Satz üben, bezeichnet wird. Denn wenn diese Uebungsakte auch nur Mittel der Erkenntniß eines schon vorhandenen Rechts sein sollen, so kann doch die Ueberzeugung der Einzelnen, aus der eben die Ueberzeugung des Volks erkannt werden soll, keinen anderen Inhalt als die letztere selbst haben. Hier lauten nun aber Puchtas Aeußerungen ganz unzweideutig; er spricht von der „Ueberzeugung von der Existenz des Rechtssatzes“ [99]), von dem „Bewußtsein einer bestehenden Rechtsvorschrift“, und es werde gehandelt „in der Voraussetzung eines bestehenden Rechtssatzes“ [100]), „der Handlung müsse die Ueberzeugung von einem Rechtssatze, welchem sie entspricht, zu Grunde liegen“ [101]). Und ob wohl Savigny [102]) da, wo er ex professo über die psychischen Erfordernisse der einzelnen Uebungshandlung spricht, als Titel setzt: „Vornahme der Handlung in dem Gefühl rechtlicher Nothwendigkeit (necessitatis opinio)“, so ist doch auch seine Meinung, daß der Handelnde den geübten Rechtssatz als existirend vorgestellt haben müsse [103]).

Andere Ausdrücke und Wendungen sind schwankender. Hie und da erscheint anstatt der Rechtsüberzeugung das Rechtsgefühl u. dergl.[104]); der Rechtssinn [105]), ja sogar der Volks-

---

99) II. S. 33, 66.

100) II. S. 35, ähnlich S. 66.

101) II. S. 38, ähnlich S. 64.

102) S. 174.

103) Vgl. ebenda: „eine Rechtsregel als wahr voraussetzen“.

104) Puchta, II. S. 70; Gefühl von der Rechtmäßigkeit II. S. 75; Savigny, Beruf S. 8, System I. S. 15, 174, 179, vgl. S. 23; von Neueren z. B. Beseler, System I. S. 79, 89, 93; Sintenis, I. S. 44 (N. 43), vgl. S. 39; Wächter, Pandekten I. S. 103; Müller, Institutionen § 4 „Gefühl nothwendiger Abhängigkeit“ von „der unsichtbar wirkenden Regel“; selbst Kierulff, S. 12 „Gefühl der Nothwendigkeit seines Handelns“, bei dem Subjekt einer Uebungshandlung; vgl. auch Thoel und Seuffert oben N. 74 cit.

105) Puchta II. S. 12, 74 und Jahrbücher S. 6. So auch Bruns, Encyclopädie. 4. Aufl. S. 398.

glaube[106]). Selbst die psychologische Ungeheuerlichkeit eines bewußtlosen Rechtsbewußtseins hat uns Puchta nicht erspart[107]); und auch dieser Unbegriff ist gleich allen jenen anderen kleinen Schwankungen und Irrungen in der nach-Puchta'schen Doktrin am Leben geblieben[108]).

Aber was wichtiger ist: nicht einmal der Gegensatz gegen die Willenstheorie, welche doch Puchta und Savigny so ausdrücklich und energisch verwerfen, ist festgehalten; namentlich Puchta identificirt sehr häufig Volkswillen und Volksüberzeugung. Ich trete den Beweis dafür in der Note 109 an.

---

106) Savigny S. 35, Beruf S. 9, 14. So auch Sturm, Kommissivdelikte S. 90.

107) Nach § 13 a. E. I. S. 28 der Institutionen (vgl. auch Gewohnheitsrecht II. S. 8) kann die Rechtsüberzeugung des Volks (welche doch identisch mit dem Rechtsbewußtsein ist) „sich durch die Gewohnheit zum Bewußtsein kommen". Vgl. hierzu Sintenis, § 3 N. 10; Adickes, S. 48.

108) S. z. B. Wächter, Pandekten I. S. 103. Rechtliche Ueberzeugung und rechtliches Bewußtsein werden identificirt. Und dann heißt es (S. 103—104): diese rechtliche Ueberzeugnng komme häufig erst durch die lange Uebung zum Bewußtsein. S. 105 wird opinio necessitatis des Handelnden erfordert, d. h. der betr. Satz müsse Inhalt des rechtlichen Bewußtseins des Handelnden sein, S. 112 verlangt nur, daß die Handelnden der Regel bewußt oder unbewußt folgen. Vgl. auch Beseler, Volksrecht: Volksrecht ist das im Bewußtsein des Volks lebende Recht S. 109, es kann durch die Uebung zum bestimmteren Bewußtsein gebracht werden S. 80.

109) Die Staatsverfassung wird von Puchta bald (Gewohnheitsrecht I. S. 209—210) auf die natürliche nationale Uebereinstimmung der Ueberzeugung, bald (I. S. 135 fg., 139, 141 ff.) auf den natürlichen übereinstimmenden allgemeinen Willen zurückgeführt; in den nichts weniger als klaren Ausführungen über Recht und Verfassung I. S. 142 wird das Recht selbst als eine Stufe dieses selben allgemeinen Willens bezeichnet; und doch heißt es I. S. 151 ganz richtig, daß das Volk in der natürlichen Bedeutung weder ausdrücklich noch stillschweigend einen Beschluß zu fassen fähig sei. Am deutlichsten tritt die Verwechslung I. S. 78 und 68 hervor; S. 78 sind als die drei Rechtsentstehungsquellen angegeben: die Gesetzgebung, die Wissenschaft, und „die natürliche Uebereinstimmung der Ueberzeugung", I. S. 68 aber steht: Gesetzgebung, Wissenschaft und „natürliche Uebereinstimmung des Willens", und damit hängt es denn auch zusammen, daß bei der

Schon dieſe eine Thatſache iſt geeignet kopfſcheu zu machen. Denn daß dieß ein Grundunterſchied iſt, ob man den Volkswillen oder die Volksüberzeugung zu Grunde legt, bedarf keines Beweiſes; und mit Rückſicht darauf, daß die praktiſchen Konſequenzen, zu denen beide Grundbegriffe führen, höchſt verſchiedene ſind, iſt eine Klarheit über ihren Unterſchied

---

Darſtellung der Theorie der Römer, welche den Volkswillen als Grundlage ſetzten, beide Begriffe (Volkswillen und Volksüberzeugung) immer durcheinander gehen; Belege ſ. oben N. 50.

In den Vorleſungen (I. 4. Aufl. § 10; und dazu vgl. man die Bemerkung in § 11 Nr. 1 im Anfang) ſteht hart nebeneinander: „Das Recht beruht auf der gemeinſamen Ueberzeugung des Volks. Recht iſt etwas kraft des Willens des Volks", und, um die Sache noch mehr zu verwirren: „der Wille der Nation tritt . . . in Wirkſamkeit in der aktuellen gemeinſamen Ueberzeugung der Glieder des Volks . . . Dieſe in den Gliedern der Nation ſelbſt unmittelbar wirkſame Volksüberzeugung . . ." u. ſ. w. Ich frage nun bloß: wie iſt hier das Verhältniß zu denken? was ſoll in den Einzelnen wirkſam werden? der Volkswille oder die Volksüberzeugung? und kann der Volkswille je die Ueberzeugung bewirken?

Auch in der Kritik gegen Beſeler, Jahrb. S. 6, 11, 23, ſteht in der harmloſeſten Weiſe Ueberzeugung und Wille des Volks als gleichbedeutend neben einander; am ſchlimmſten iſt aber die Verwirrung in den Inſtitutionen I. 6. Aufl. S. 21, 26, 29. Auf S. 21 ſteht neben einander: „Ein Rechtsſatz iſt es dadurch, daß er in der gemeinſamen Ueberzeugung derer, für die er gilt, als ſolcher anerkannt iſt. Das Recht iſt der gemeinſame Wille der Rechtsgenoſſen. Durch dieſes gemeinſame Bewußtſein . . ." ꝛc. S. 26 ſagt ausdrücklich: das Recht entſtehe durch den nationalen Willen, und auch S. 29 iſt von einem „allgemeinen Willen" die Rede. Wenn es übrigens S. 23 heißt: „das Rechtsbewußtſein iſt zugleich der Wille, daß, was dem Recht gemäß ſei, geſchehe", ſo iſt dieſer Wille, der ja nur möglich iſt bei ſchon entſtandenem Recht, verſchieden gedacht von jenem die Entſtehung des Rechts erſt wirkenden Willen.

Vorſichtiger ſind Puchtas Pandekten (§ 10—13 und § 16); ſie operiren ſtets mit „Ueberzeugung" und „Bewußtſein" und nur im § 10 erſcheint einmal der „Wille der Nation" in eigenthümlicher Wendung.

Auch Savigny hat ſich von der Willenstheorie nicht ganz losgemacht. Er, derſelbe der Syſtem I. S. 181 die Forderung eines consensus populi als einen Grundirrthum bezeichnet, ſagt S. 24 „das Recht habe ſein Daſein in dem gemeinſamen Volksgeiſt, alſo im Geſammtwillen" u. ſ. w.

geradezu condicio sine qua non einer auch im Einzelnen befriedigenden Darstellung der Lehre.

Erklärlich ist es nun, daß viele und selbst die sorgfältigsten Schriftsteller (meines Erachtens irrig) den „Volkswillen" als Grundlage der Puchta'schen Lehre bezeichnen [110]). Ueberhaupt wiederholt sich jene Unklarheit des Grundbegriffs bei fast allen Neueren in einer für die Erkenntniß des Gegenstandes unheilvollen Weise. Ich trete auch hierfür den Beweis durch Beispiele in der Note 111 an.

---

110) Regelsberger, kritische Vierteljahrsschrift IV. S. 323, Abickes, S. 24, Ad. Schmidt, S. 6 N. 3; s. auch R. Schmid, Theorie und Meth. S. 221 fg., über Savigny S. 198 u.; Harum N. 2, S. 5.

111) S. z. B. die Entscheidung des Reichsgerichts (oben Nr. 1) Bd. III. S. 212: „Rechtswille", S. 211: „Rechtsüberzeugung" als Grund der rechtserzeugenden Kraft des Gewohnheitsrechts; ebenso die Entscheidung des O.-Trib. Stuttgart bei Seuffert XV. 217, welches das Gewohnheitsrecht auf die Ueberzeugung stützt und doch Willen neues Recht zu bilden verlangt. — Ferner Schriftsteller jeder Schattirung, z. B. Sintenis I. (3. Aufl.) Gesammtwillen S. 9, Volkswillen S. 27 in N. 15, vgl. S. 33 in N. 21. Brinckmann, Gewohnheitsrecht S. 2 u. 4: Ueberzeugung und Bewußtsein des Volks, S. 5; Volkswille. Busch, civ. Archiv XXVII. S. 211 nebeneinander Ueberzeugung und Wille, und noch dazu Wille für „fortdauernde Giltigkeit" einer Gewohnheit!! v. Scheurl in Doves Zeitschrift III. S. 45 „Gesammtwille oder Gesammtbewußtsein". Becker in seinem Gutachten für den V. deutschen Juristentag, Verhandlungen I. 1864 S. 3 Z. 6 von unten und Z. 3—2 von unten. Regelsberger, S. 334, 343, 345, 348 — und doch ist er Anhänger der Ueberzeugungstheorie, wie S. 345 beweist; vgl. auch S. 321: die Rechtssätze wüchsen aus der Uebung „mehr unabsichtlich" hervor. Menger, System I. Ueberzeugung des Volks S. 93, 94 und doch Volkswille S. 94 N. 17. Wächter, Pandekten I. S. 103: rechtliche Ueberzeugung, rechtliches Bewußtsein, Rechtsgefühl, und S. 108 „allgemeiner Wille" (vgl. auch S. 97). Alles zusammen hat man auch bei Kuntze, Kursus, 2. Aufl. § 15: der menschliche Wille sei Quelle des Rechts, ein innewohnender Bildungstrieb schaffe das Recht. „Wir nennen diesen Bildungstrieb den Rechtssinn" (Rechtsgefühl, Rechtstrieb, Rechtsbewußtsein, bezw. Rechtsüberzeugung). § 17 operirt dann besonders mit der Letzteren. Auch bei Beseler, System, 3. Aufl.] I. S. 88 plötzlich „Wille" des Volks; s. auch S. 45: „in dem Staat habe sich das Volk ein Organ seines Willens bestellt". Die Wichtigkeit der Unterscheidung übersieht auch

Daß dieß indeß doch nur Schwankungen und Abirrungen sind, läßt sich nach den zuerst gegebenen Zeugnissen nicht bezweifeln. Im Sinn der herrschenden Lehre ist rechtliche Ueberzeugung (der Gesammtheit und folgeweise des Einzelnen, der eine Uebungshandlung vornimmt) die Ueberzeugung, daß der betreffende Satz Recht sei. In dieser Bedeutung verwenden die meisten Neueren[112]) den Ausdruck, und so verstehen ihn

---

Zoll in Iherings Jahrbüchern XIII. S. 418. — Von später noch besonders zu besprechenden Schriftstellern nenne ich: Ernst Meier, Rechtsbildung S. 212: Rechtsbewußtsein, S. 28, 32, 82, 211: Wille. Auch Sturm, Kampf S. 34, 36 nennt das Gewohnheitsrecht „allgemeinen Willen". S. ferner Kierulff, Theorie S. 1: Recht ist Wollen der Totalität, daher ist auch (S. 7, 8, 9, 11, 12) das Gewohnheitsrecht allgemeiner, nationeller, totaler Wille. Die Uebung ist äußere Erscheinung, Ausfluß des gemeinen Wollens S. 9, 11; aber nach S. 8, 10 unmittelbare Aeußerung des Rechtsbewußtseins der Nation; jenes gemeine Wollen wird auch gemeine Rechtsmeinung des Volks (S. 9, 10, 11), gemeine Ansicht (S. 9[4]) genannt: die Ausdrücke stehen als identisch dicht nebeneinander. Endlich, um den Reigen zu schließen, wird die opinio necessitatis des Einzelnen S. 12 als „Gefühl der Nothwendigkeit seines Handelns" definirt. Stahl, Philosophie des Rechts II. 1, 4. Aufl. „Rechtsbewußtsein" S. 234, 235, 236, 238, 253, 257, 258, 261; Rechtsansicht S. 253, 235; Rechtsüberzeugung S. 242. Eine Schwenkung zum Volkswillen: S. 240 oben. Sonst Beides gut unterschieden: S. 236, 256, besonders S. 240—241, wo er, allerdings meines Erachtens unrichtig, die Lehre der historischen Schule „in ihrem innersten Motive" dahin bestimmt, nicht daß die Geltung des Rechts vom Volkswillen, sondern daß der Inhalt des Rechts vom Volksbewußtsein ausgehe. — Dankenswerthe Klarheit auch bei Laband, Staatsrecht II. S. 1, Z. 11—12 und Gierke, die Grundbegriffe des Staatsrechts 1874 (S. A.) S. 92—93: letzterer vindicirt die Entstehung des Staats dem Volkswillen, die des Rechts dem Volksbewußtsein. —

Uebrigens vgl. man auch Bierling, Grundbegriffe S. 20, 23, 93—94, 95.

112) Ich greife einige Beispiele heraus: Gierke, Grundbegriffe S. 92 „Ueberzeugung, daß etwas Recht sei"; Windscheid, I. § 15 „Ueberzeugung der Uebenden, daß das, was sie üben, Recht sei", § 16, N. 3 Ueberzeugung von der Rechtmäßigkeit; Roth, Deutsches Privatrecht I. § 44 „die Uebung muß in der Ueberzeugung der Geltung des befolgten Rechtssatzes geschehen sein", ebenso bayr. Civilrecht I. § 9, N. 43. Vering, römisches Privatrecht, 4. Aufl. § 20 „Ueberzeugung einer rechtlichen Nothwendigkeit, nicht bloß Zweckmäßigkeit", auch Seuf-

eine sehr große Reihe von Erkenntnissen ehemaliger hoher Gerichtshöfe in Deutschland [113]).

---

fert, Pandekten I. § 9 „Ueberzeugung, daß man so handeln müsse um recht zu handeln"; Holzschuher I. S. 17 erfordert für die einzelne Handlung „Bewußtsein eines rechtlichen Sollens", „Ueberzeugung, daß der Handlung ein Rechtssatz wirklich zu Grunde liegt"; Göschen, Vorlesungen I. 1838 § 24, S. 88: „Ueberzeugung, daß sie (die vorgenommenen Handlungen) einer bestehenden Rechtsnorm entsprechen"; Mühlenbruch, Pandektenrecht 1835 I. S. 97, rechtliche Ueberzeugung, als Gegensatz gegen das Bewußtsein, daß ihnen (den Handlungen) keine rechtliche Verbindlichkeit zu Grunde liege. Sintenis, I. S. 42 „die Handlungen müssen aus dem Glauben, daß eine Nothwendigkeit vermöge einer Rechtsregel dazu bestehe, hervorgegangen sein". Brinckmann, Gewohnheitsrecht S. 16: „Ueberzeugung, daß die Rechtsnorm vorhanden sei". Arndts, Grünhuts Zeitschrift I. S. 487—488 „Gedanken, daß es Recht sei so zu handeln" (sehr bestimmt). Brandis, kritische Vierteljahrsschrift XXIII, S. 205: „Ueberzeugung, daß etwas Recht sei"; S. 207 „Ueberzeugung vom Dasein des Rechts". Beseler, Rechtsanschicht, Volksanschicht System I. S. 77, 88; . . . daß „Jeder (die Norm) für verbindlich hält und halten muß" (Volksrecht S. 77). Hermanson, Om lagstiftningen (1881) S. 166: öfvertygelse om . . . egenskap att förpligta. Becker, Verhandlungen des V. Juristentags 1864 I. S. 11 (Gutachten): „Ueberzeugung, daß es Recht sei", „als geltend angenommenes Recht".

Sind hier auch zu nennen: Böcking, Pandekten I. S. 15: „unmittelbare nationale Ueberzeugung von seiner (des Gewohnheitsrechts) verbindenden Kraft". Laband, Staatsrecht II. S. 1 „die Geltung (des Gewohnheitsrechts) beruht auf dem Bewußtsein von der Rechtsverbindlichkeit einer thatsächlich bestehenden Ordnung"?

113) O.-A.-G. Celle, Seuffert X. 190 „Ueberzeugung, eine allgemein bindende Norm zu befolgen", ebenso XI. 2; ferner XXIX. 106: „Ueberzeugung von einer wahren Berechtigung", „von einem bestehenden Zwangsrecht" ꝛc.; X. 4: „Meinung einer rechtlichen Nothwendigkeit".

O.-G. Wolfenbüttel, XXVIII. 99: „rechtliche Bedeutung", XXXIII. 183: „Ueberzeugung der rechtlichen Nothwendigkeit, nicht bloß Zweckmäßigkeit"; in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht VIII. S. 529: „Bewußtsein der bindenden Kraft".

O.-A.-G. Jena, Seuffert XIV. 193: „Charakter einer Rechtspflicht."

O.-A.-G. Dresden, XVIII. 105: „Bewußtsein fordern zu dürfen . . . leisten zu müssen", „erforderliche gegenseitige Meinung von der Nothwendigkeit der Leistung".

Legt man nun dieſen Begriff ſo wie er eben beſtimmt iſt und ohne Hintergedanken zu Grunde, was auch ſehr viele Neuere thun: was ergibt ſich dann für die Lehre vom Irrthum?

Hier muß man unterſcheiden, ob die Uebung des betreffenden Satzes, wie Puchta, Savigny u. A. wollen, nur Erkenntnißquelle, oder ob ſie ebenfalls Entſtehungserforderniß ſei (herrſchende Anſicht).

Steht man auf letzterem Standpunkt, ſo iſt die Irrthumsfrage ſofort entſchieden. Bereits Puchta und Savigny haben nach älterem Vorgang [114]) es klar ausgeſprochen, daß dann der Irrthum nicht bloß unſchädlich iſt, ſondern ſogar jedes Gewohnheitsrecht auf Rechtsirrthum beruhen muß; denn wenn

---

O.-A.-G. Caſſel, VII. 279: opinio necessitatis = daß die Uebenden zur Uebung „durch die Anſicht, es beſtehe eine zur Zahlung verpflichtende Norm, beſtimmt worden ſind."

O.-A.-G. Lübeck, I. 306, 308: „Rechtsanſicht berechtigt"; III. 1: „weil man es allgemein für unerlaubt gehalten habe"; IV. 246: die „Ueberzeugung, durch die Ausübung einer Rechtspflicht nachzukommen", „die Abſicht einer Rechtspflicht zu genügen"; X. 2: „es läßt ſich nicht daran zweifeln, daß die Kompenſation . . . bisher (in Hamburg) als giltig angeſehen worden iſt".

Den eigenthümlichen, ſpäter (Abſchn. XI) zu beſprechenden myſtiſchen Begriff der Rechtsüberzeugung u. ſ. w. verwenden:

O.-A.-G. Jena, XII. 91 a. E.: „Ausdruck gemeinſamen Rechtsbewußtſeins."

O.-A.-G. Wiesbaden, XIII. 1, XIII. 3, XIII. 204: „eine gemeinſame die Stelle des Geſetzes vertretende Rechtsüberzeugung", „Rechtsüberzeugung", „Rechtsbewußtſein."

Zweifelhaft iſt mir, was näher unter Rechtsüberzeugung gedacht iſt, in den Entſcheidungen:

O.-A.-G: München III. 255: „Ueberzeugung von der rechtlichen Nothwendigkeit," III. 256: „rechtliche Ueberzeugung"; ob. L.-G. für Bayern, XXXVI. 172: „Beruhen" „auf der rechtlichen Ueberzeugung des Volks."

O.-A.-G. Berlin, XXIX. 209: „eine durch längere Uebung ſich ausſprechende Rechtsüberzeugung".

O.-Trib. Stuttgart, XIX. 1: übereinſtimmende Ueberzeugung ꝛc.

114) Geſterding, civiliſtiſches Archiv III. (1820) S. 263; Ausbeute V. 2 (1836) S. 114: Puchta II. S. 64, 67. Savigny I. S. 175; ebenſo Zrodlowski I. S. 33.

durch die in der Ueberzeugung, daß bereits ein bezüglicher Rechtssatz b e stehe, geschehene Uebung dieser bezügliche Rechtssatz erst e n t stehen soll, so ist diese Ueberzeugung nothwendiger Weise falsch.

Der Irrthum, auf den es hier ankommt, ist immer derselbe; nämlich ein Irrthum des Inhalts, daß der geübte Satz Recht sei — w e ßh a l b man ihn als geltendes Recht ansieht, und ob man überhaupt die Vorstellung, daß er geltendes Recht sei, aus Gründen herleitet, bleibt dabei ganz gleichgiltig.

Daß nun der Irrthum in all' diesen Fällen unschädlich ist, ergibt sich schon daraus, daß sonst gar kein Gewohnheitsrecht möglich wäre, ist aber im Uebrigen auch durchaus rationell. Denn Grund der bindenden Kraft des Gewohnheitsrechts soll ja eben die allgemeine Rechtsüberzeugung sein; daß diese w a h r sein müsse, ist damit nicht nothwendig gesetzt. Und wenn sie durch Irrthum, z. B. den Irrthum, daß der geübte Satz bereits Gewohnheitsrecht sei, verursacht ist, so ist auch hier unumstößlich sicher, daß der verursachende Irrthum das Dasein des verursachten psychischen Akts nicht ausschließt sondern einschließt, d. h. hervorbringt. Sonst wäre ja auch ein durch Rechtsirrthum verursachtes Gesetz unverbindlich, was Niemand wird behaupten wollen [115]).

Wenn man auf dem Boden der bisher skizzirten Ansicht stehen bleibt, dennoch aber dem Rechtsirrthum auch nur den geringsten Einfluß auf die Giltigkeit des Gewohnheitsrechts einräumt, so begeht man damit eine Inkonsequenz, die es an der Zeit ist, fallen zu lassen. Man muß entweder jene Grund-

---

115) Doch! P u c h t a hat sogar diesen Schluß gezogen. Wenn, so sagt er II. S. 76 N. 89, in eine Landesgesetzgebung — er exemplifizirt dabei auf das bayrische Landrecht von 1756 — „Sätze des gemeinen Rechts als solche und weil sie dieses sind, aufgenommen wurden" und sich nachher herausstellt, daß diese Sätze garnicht wirklich Sätze des gemeinen Rechts sondern nur fälschlich in dasselbe hineingelesen sind, so haben nicht sie Geltung, sondern es gilt der wahre Sinn der betreffenden gemeinrechtlichen Bestimmungen. — Vgl. S a r t o r i u s, civilistisches Archiv XXVII, S. 94 N. 41; M e n g e r, System I. S. 95.

lage oder diese Folgerung und zwar dann rückhaltlos aufgeben [116]).

Ein anderes Resultat stellt sich heraus, wenn man das Dasein der Rechtsüberzeugung schon an und für sich als Recht schaffend und die thatsächliche Uebung nur als Erkenntnißquelle ansieht. Für die Frage vom Irrthum ergibt sich dann konsequent nur Folgendes [117]):

Von einem Irrthum könnte die Rede sein nur bei einem Doppelten: entweder bei den einzelnen als Erkenntnißmittel dienenden Handlungen oder bei der allgemeinen rechtlichen Ueberzeugung. Nur wenn man für diese letztere Nichtirrthümlichkeit erforderte, würde damit ein Erforderniß des Gewohnheitsrechts gesetzt sein, denn sie ist ja allein und durch sich selbst schon Recht.

1) Verlangt man Nichtirrthümlichkeit für die einzelnen Uebungshandlungen, so ist das kein Erforderniß für Entstehung, Dasein, Begriff des Gewohnheitsrechts; denn diese Handlungen

---

116) Beispiele: richtig z. B. Wächter, württembergisches Privatrecht II. S. 35 N. 13, Pandekten I. S. 106 fg.; wie mir scheint auch Sintenis I. § 3 in III. 4 (nicht leicht verständlich), und Menger, System I. § 8 S. 94—95; nicht consequent z. B. Windscheid, § 16 Nr. 4: „die Ueberzeugung muß die wahre Ueberzeugung der Uebenden gewesen sein, nicht eine auf Irrthum beruhende" mit den Klauseln dazu in N. 3. Ich möchte behaupten, daß schon der Gegensatz, den Windscheid macht, ein unrichtiger ist. „Die wahre Ueberzeugung der Uebenden" kann doch nur sein die Ueberzeugung, die eben wirklich und nicht bloß scheinbar Ueberzeugung ist. Daß aber eine Ueberzeugung wirklich da sein und doch auf Irrthum beruhen kann, scheint mir unleugbar. Roth (deutsches Privatrecht I. S. 262 und bayrisches Civilrecht I. § 9): die Ueberzeugung der Geltung des befolgten Rechtssatzes „darf nicht in der Art irrthümlich sein, daß die irrthümliche Auffassung ungewollt der Uebung zu Grunde gelegt wird". Welche Art des Irrthums hier ausgeschlossen werden soll, ist mir nicht klar geworden. Seuffert, Pandekten I. § 9 verlangt schlechthin Abwesenheit des Rechtsirrthums — womit wie gesagt die Möglichkeit des Gewohnheitsrechts überhaupt ausgeschlossen ist.

117) Puchta handelt über den Irrthum Gewohnheitsrecht I. S. 99—102, II. S. 62—79. Pandekten § 13 N. n., Vorlesungen I. § 13, Nr. 1. Savigny, System I. S. 93, 149, 173—176, 178—180.

sind selbst kein Erforderniß des Gewohnheitsrechts, sondern nur Mittel seiner Erkenntniß. Es fragt sich dann also nur, ob die einzelnen Uebungshandlungen durch einen dabei vorkommenden Irrthum untauglich werden als Erkenntnißmittel eines vorhandenen Gewohnheitsrechts zu dienen. So stellt auch Puchta die Frage sehr richtig[118]) und beantwortet sie von seiner Grundlage aus ebenso richtig dahin: der Irrthum im Allgemeinen ist ganz gleichgiltig. Der Irrthum über einen ganz bestimmten Punkt, nämlich über den geübten Rechtssatz ist von Wichtigkeit[119]), und zwar der Irrthum, daß der geübte Rechtssatz als geltender existire, während er in Wahrheit nicht existirt[120]), insbesondere also der Irrthum, daß der geübte Rechtssatz kraft allgemeiner Volksüberzeugung gelte, während in Wahrheit diese allgemeine Volksüberzeugung fehlt[121]). Der Grund aber, aus dem beim Vorliegen solcher irrigen Handlungen das Dasein eines Gewohnheitsrechts geleugnet werden muß, liegt nicht positiv darin, daß diese Handlungen aus jenem Irrthum hervorgehen, sondern lediglich negativ darin, daß die erforderliche allgemeine Rechtsüberzeugung fehlt[122]): der Irrthum kommt nur als Abwesenheit der erforderlichen allgemeinen Rechtsüberzeugung in Betracht. Oder korrekter: Gewohnheitsrecht ist in solchem Falle nicht vorhanden, nicht weil Irrthum da ist, sondern weil die Thatsache nicht vorliegt, auf die sich der Irrthum bezog; Gewohnheitsrecht würde also auch bei Mangel des Irrthums (bei richtiger Vorstellung) nicht vorhanden sein.

2) Es bleibt die zweite Frage, ob Nichtirrthümlichkeit Erforderniß des Gewohnheitsrechts, d. h. der allgemeinen Rechtsüberzeugung ist. Puchta formulirt diese Frage dahin, ob ein Irrthum die Existenz einer allgemeinen rechtlichen

---

118) II. S. 66; ebenso ist wohl auch Pandekten § 13 N. n. i. A. zu verstehen (mit Berufung auf die l. 39 D. leg. 1, 3).

119) S. 66 Abs. 2.

120) S. 67, 68 oben.

121) S. 74.

122) So richtig Puchta II. S. 75 oben.

Ueberzeugung und damit des Rechtssatzes selbst ausschließen könne [123])?

Hierauf antwortet er: die gemeinsame Ueberzeugung kann nur dann eine irrige genannt werden, „wenn es sich um einen Satz handelt, der einer höheren Entscheidung vorbehalten ist, die nicht durch Gewohnheitsrecht abgeändert werden kann. Aber hier ist es nicht der Irrthum, welcher das Gewohnheitsrecht ausschließt, sondern die Beschaffenheit des Satzes", der Einfluß des Irrthums ist identisch mit den Prinzipien über das sog. Erforderniß der Rationabilität [124]). Abgesehen hiervon aber existire jener Fall gar nicht: „wo es sich um einen Satz handelt, dessen Aufstellung dem Volksbewußtsein zukommt, wird von einem Irrthum, in welchem sich die Nation befindet, nicht die Rede sein können" [125]). Diese Behauptung ist von Puchtas Grundlage aus selbstverständlich richtig, sofern man nur an einen Irrthum des Inhalts denkt, der betreffende Satz sei schon Recht, während er es in Wahrheit nicht ist. Dieser Fall ist freilich unmöglich, denn in dem Moment, wo die Ueberzeugung, daß ein Satz Recht sei, eine allgemeine wird, verwandelt sie ja diesen Satz in einen Rechtssatz, ist also wahr.

Dieß scheint Puchtas Meinung zu sein [126]), aber dann war seine Fragestellung unrichtig; sie hat dann nicht zu lauten: schließt ein Irrthum die allgemeine Rechtsüberzeugung aus? sondern: ist eine allgemeine Rechtsüberzeugung, auch wenn sie irrig ist, Recht? Und man muß dann nach Puchta antworten: dieser Fall kommt nicht vor.

3) Wie aber ist nun der Fall zu beurtheilen, wenn ein Satz allgemein als Rechtssatz angesehen wird, und zwar deßhalb, weil man ihn irriger Weise für einen Satz des

---

123) II. S. 64—65.

124) II. S. 73—74, 65.

125) II. S. 65—66, 69: „... eine Volksüberzeugung, auf welche das Prädikat des Irrthums nicht anwendbar ist".

126) S. 64, 67. Der skizzirte Gedankengang findet sich auch bei Savigny, S. 175 u. — 176.

geltenden Gesetzes oder schon anerkannten Gewohnheitsrechts hält?

Daß es so allgemein verbreitete Irrthümer gibt, wird Niemand leugnen wollen. Es liegt also ein Fall vor, wo eine allgemeine Ueberzeugung, ein Satz sei Recht, existirt, aber verursacht ist durch irrthümliche Vorstellung. Meines Erachtens folgt nun hier mit absoluter Sicherheit aus den bisher gegebenen Prämissen, daß dieser Irrthum gerade so gleichgiltig ist wie der vorher besprochene. Wer unter Rechtsüberzeugung nichts anderes versteht als schlechthin die Ueberzeugung, der betreffende Satz sei Recht, der muß ganz unvermeidlich zu dieser Irrthumsentscheidung kommen. Denn Gewohnheitsrecht ist ein Satz deßhalb, weil er ein Satz der allgemeinen rechtlichen Ueberzeugung ist: warum er letzteres ist, macht für die Frage, ob er es ist, nichts aus. Der Irrthum schließt die durch ihn verursachte Ueberzeugung nicht aus sondern ein. Wenn es zum Dasein des Gewohnheitsrechts genügt, daß eine allgemeine Rechtsüberzeugung da ist, so ist durchaus irrelevant, wodurch sie entstanden ist.

Um dieß Resultat zur Evidenz zu bringen, fasse ich den letzten Gedankengang noch einmal in folgende Sätze zusammen, die nun gleichmäßig gelten, sowohl wenn man (herrschende Theorie) die Uebungshandlungen als Entstehungserforderniß wie wenn man sie nur als Erkenntnißmittel des Gewohnheitsrechts (Puchta-Savigny) betrachtet.

Der Inhalt der allgemeinen rechtlichen Ueberzeugung ist, nach den Einen durch sich selbst, nach Anderen, wenn er geübt ist, Recht.

Rechtliche Ueberzeugung ist die Vorstellung, daß ein bestimmter Satz Recht sei (nicht der Wille oder die Vorstellung, daß ein Satz, der noch nicht Recht sei, doch Recht sein solle).

Die allgemeine Ueberzeugung, daß ein bestimmter Satz Recht sei, kann hervorgerufen werden und ist häufig hervorgerufen worden durch die irrige Vorstellung, daß dieser Satz bereits vorher durch eine andere Rechtsquelle Recht geworden sei, sei es daß er vorher schon gewohnheitsrechtlich, sei es daß er durch ein Gesetz eingeführt sei.

Kürzer: die allgemeine Rechtsüberzeugung kann ſein und iſt oft lediglich Konſequenz eines Irrthums über das objektive Recht.

Da es indeß nur auf das Daſein, nicht auf den Urſprung der allgemeinen rechtlichen Ueberzeugung ankommt, ſo iſt dieſer Irrthum durchaus irrelevant.

XI. 3) c. Die Rechtsüberzeugung im eigentlichen Sinne Puchta-Savignys.

Man ſollte auch wirklich denken, daß Puchta dieſe Konſequenz in der That zieht, wenn man in ſeinen Pandekten [127]) lieſt: „Betrifft der Irrthum bloß die Zurückführung des Rechtsſatzes auf das geſchriebene Recht, ſo iſt er indifferent; ſo hat man früher viele Gewohnheitsrechtsſätze ſchon im römiſchen Recht durch eine falſche Interpretation nachweiſen wollen, und als römiſche gelten laſſen, dieß hindert ihre Exiſtenz als Gewohnheitsrechtsſätze keineswegs".

In Wahrheit wird aber der angegebene Schlußſatz weder von ihm noch von Savigny noch von den meiſten Späteren in der einen oder anderen Lehre gezogen. Vielmehr behaupten ſie, in dem letztbeſprochenen Falle des Rechtsirrthums ſei kein Gewohnheitsrecht da [128]), weil keine Volksüberzeugung da ſei; der Irrthum hindere hier die gemeinſame Ueberzeugung [129]), das Gewohnheitsrecht werde durch Irrthum ausgeſchloſſen [130]).

Daraus folgt, daß Puchta, Savigny und Andere unter Rechtsüberzeugung etwas Anderes verſtehen müſſen, als bisher ermittelt worden iſt. Sie könnten ſonſt zu jenen Sätzen nicht gelangen. Möglich freilich, ja wahrſcheinlich, daß bei Vielen,

---

127) § 13 N. n. Vgl. indeß auch Vorleſungen I. § 13 Nr. 1.

128) Puchta II. S. 70 oben, S. 74—75.

129) Puchta I. S. 101, was freilich ſchlecht dazu ſtimmt, daß er an anderer Stelle ausdrücklich ſagt (II. S. 65), es ſei undenkbar, daß die allgemeine rechtliche Ueberzeugung durch einen Irrthum im Volk nach dem Grundſatz nulla voluntas errantis est ausgeſchloſſen werde.

130) Savigny S. 178 N. l, vgl. auch S. 149 N. k. Er ſpricht zwar von Irrthum ſchlechtweg, aber wir werden einſchränkend ſo interpretiren müſſen: durch Irrthum, daß der betreffende Satz bereits durch eine anderweite Quelle Recht ſei.

welche jene Sätze aufstellen, dieselbe falsche psychologische Ansicht mitwirkt, welche auch in Savignys und der herrschenden Irrthumslehre eine so große Rolle spielt, als könne nämlich der verursachende Irrthum jemals das Verursachte — sei es nun wieder Vorstellung oder sei es Willensakt — ausschließen, während er es doch hervorbringt. Indeß das allein erklärt jene Sätze nicht.

Es genügt nicht, sagt Puchta[131]), die verbreitete Meinung, daß eine bestimmte Handlung durch ein Gesetz gestattet sei — obwohl dieß doch gewiß die stärkste rechtliche Ueberzeugung im bisher erörterten Sinne dieses Worts ist —, hinzukommen muß „ein selbständigeres Gefühl von der Rechtmäßigkeit derselben", sonst ist keine rechtliche Volksüberzeugung da; der fragliche Satz muß „dem Rechtsgefühl" „als den übrigen Bestimmungen unseres Rechts conform erscheinen"; es muß „eine eigenthümliche von der Kenntniß des (betreffenden) Rechtssatzes unabhängigere Rechtsanschauung", ein „Rechtsbewußtsein" mit „selbständiger Grundlage" vorhanden sein.

Alle diese Wendungen, zu denen man nun noch die oben S. 388 referirten Ausdrücke hinzunehmen mag, enthalten mehr als eine bloße Ungenauigkeit der Ausdrucksweise, die ja kaum der Erwähnung werth wäre: sie beweisen vielmehr, daß die „Rechtsüberzeugung" nicht bloß schlechthin als eine im Volk lebende Rechtsvorstellung sondern als etwas Anderes, Tiefergegründetes gedacht wird. Dem einfachen bisher ermittelten Begriff wird noch ein schwer aussprechbarer Gedankenzusatz gemacht.

Welcher? Puchta äußert sich nirgends klar darüber. Er sagt nur, die Rechtsüberzeugung des Volks sei ein Erzeugniß des Volksgeistes[132]). Versteht man hier unter Volksgeist nur die Personifikation der geistigen Eigenthümlichkeit eines Volks, welche bei den geistigen Erscheinungen in den Einzelnen bestimmend mitwirkt, so leistet diese Gedankenfigur nicht, was

131) II. S. 74—75. S. 70. S. 78.

132) I. S. 3, vgl. I. S. 139. Jahrbücher S. 2. Institutionen S. 22.

sie hier leisten soll: sie erklärt jene Einwirkung des Irrthums nicht. Denn wenn ein Volk allgemein einen gewissen Irrthum hegt, so muß auch das irgendwie in dem Volksgeist seine Erklärung finden; insofern ist auch eine auf irrigen Prämissen beruhende Volks-Vorstellung Erzeugniß des Volksgeistes. Man wird darüber schwerlich hinweg kommen.

Aber der Volksgeist ist bei Puchta offenbar noch etwas Anderes, nämlich ein selbständiger rechtserzeugender Faktor; seine Produktion geht nicht von irgend welchen Prämissen aus, das Recht vielmehr, das er setzt, ist ein mit Nothwendigkeit von ihm gesetztes Recht, es ist nicht weiter ableitbar, sondern wie vom Himmel gefallen in den Menschen fertig da, oder vielmehr ich wage den Ausdruck: es ist eine Art Naturrecht. Und gerade dadurch, daß es das ist, soll es erst seine höhere Weihe haben.

Jedenfalls ist das Merkmal, um das es sich handelt, damit nicht klar bezeichnet, daß man als Quelle der Rechtsüberzeugung den Volksgeist nennt. Ein Richter würde hiernach schwerlich die zur Annahme eines Gewohnheitsrechts genügende Ueberzeugung von der ungenügenden unterscheiden können. Die gänzliche Unzulänglichkeit jener Wendung stellt sich heraus, sobald man einmal eine Begriffsbestimmung der „Rechtsüberzeugung" darauf hin zu geben versucht.

Dem Ziel näher führt folgendes. Puchta sagt einmal, die Volksüberzeugung könne nicht zum Inhalt haben, der betreffende Satz sei Recht durch Gesetz[133]) oder, wie man in richtiger Ergänzung wird hinzusetzen dürfen, durch schon anerkanntes, gebildetes Gewohnheitsrecht.

Genügt also in Puchtas Sinn die indistinkte, sich nicht auf die angegebenen Gründe stützende Ueberzeugung, ein Satz sei Recht schlechthin? Nein! Denn es könnte sehr wohl sein, daß Viele einen Satz für geltendes Recht halten, weil sie von Anderen hören, er sei geltendes Recht, ohne daß sie sich den Kopf weiter darüber zerbrechen, warum er Recht sei. Gerade diese Art von Rechtsüberzeugung wird praktisch außerordent-

133) II. S. 75.

lich häufig vorkommen. Aber sie würde offenbar nach Puchta noch nicht die genügende sein.

Also setzen wir noch dieß weitere negative Moment: die Ueberzeugung darf weder auf Gründen beruhen, noch darf sie von außen her, durch Dritte verursacht sein, sie muß vielmehr eine „freie" oder wie Böhlau [134]) es ausdrückt, eine „eigene" sein, d. h. sie muß ein unmittelbares Werk des mystischen rechtsproduzirenden Volksgeistes im Volk und damit in den Einzelnen sein.

Aber wie reimt sich hiermit, wenn Puchta und Savigny, freilich nur zaghaft, erklären — wie sie auch Angesichts der Rechtsgeschichte nicht anders konnten —, der Irrthum könne allmählich [135]) allgemeine Volksüberzeugung werden (wodurch er denn freilich aufhöre Irrthum zu sein, der ursprüngliche Irrthum „veranlasse" [136]) die Ueberzeugung)? Wie sehr Puchta dieß auch verklausulirt, z. B. indem er sagt, der Irrthum dürfe nicht die eigentliche und vornehmste Quelle dieser Ueberzeugung sein (S. 69) u. dergl., so bleibt doch richtig, daß eben der Irrthum Theilursache gewesen ist.

Also Irrthum bei der Entwicklung der Rechtsüberzeugung ist möglich; aber die Ueberzeugung muß sich „vom Grunde des Irrthums losgelöst" haben, sie muß eine selbständige, unabhängige geworden sein, um Gewohnheitsrecht produziren zu können. Bedeutet das bloß, das Volk müsse jene irrthümliche Begründung vergessen haben [137]) und nur noch den Satz selbst als einen Rechtssatz im Gedächtniß haben? Aber damit wären wir ja wieder bei jener oben schon als ungenügend erkannten rein negativen Begriffsbestimmung. Alle diese Windungen und Wendungen deuten auf ein positives neues Begriffselement in dem Begriff „Rechtsüberzeugung" hin, nicht bloß auf ein negatives. Puchta hat dieß Moment nirgends wirklich formulirt, Savigny nur an einer einzigen Stelle und ohne es nachher weiter zu betonen. Diese Stelle

134) S. 330 fg.

135) Puchta II. S. 69 fg.

136) Ebenda S. 69.

137) So Sturm, Kampf S. 21.

iſt System I. S. 177 fg. Hier engt er den Inhalt der rechtlichen Ueberzeugung dahin ein: ſie ſei eine „Ueberzeugung von der Wahrheit und an ſich ſelbſt (ohne äußere Sanktion) bindenden Kraft der Regel".

Davon iſt freilich weder vorher noch nachher je die Rede, indeß hat Savigny hiermit den innerſten Kern dieſer ganzen Theorie bloßgelegt — das Wort, das er geſprochen, iſt in der That das letzte Wort dieſer ganzen Lehre, ſofern man es freilich erweiternd interpretirt. Die äußere Sanktion iſt nicht nur die Sanktion durch ein Geſetz, ſondern dem Geſetz gleich ſteht ein ſchon vorher entſtandenes anerkanntes Gewohnheitsrecht, und dann iſt der Sinn der Savigny'ſchen Definition dieſer: es muß nicht bloß ſchlechthin die allgemeine Ueberzeugung da ſein, der betreffende Satz ſei geltendes Recht, es muß nicht bloß — negativ — die Vorſtellung fehlen, der betreffende Satz ſei nur dadurch Recht, daß er Geſetz oder ſchon gebildetes, anerkanntes Gewohnheitsrecht ſei, ſondern es muß poſitiv die Vorſtellung hinzukommen, dieſer Satz ſei in und an ſich ſelbſt geltendes Recht.

Dieß iſt das verborgene treibende Prinzip der ganzen Puchta-Savigny'ſchen Lehre, nichts hat auf die weitere Entwicklung der Lehre einen ſo nachhaltigen Einfluß gehabt. Hieraus erklären ſich nun eine Reihe von Wendungen und Theoremen, die ſonſt unverſtändlich wären.

Hieraus erklärt ſich z. B., wie Böhlau[138]) dazu kommt zu ſagen, die Ueberzeugung könne nicht auf Gründen beruhen — obſchon dieſer Satz ſelbſt in Böhlaus Sinne nicht ganz korrekt ſein kann; denn wenn Jemand meint, ein Satz ſei der allgemeinen Rechtsüberzeugung nach Recht, und zugleich die dargeſtellte Theorie für richtig hält, ſo muß er ſchließen, daß jener Satz geltendes Recht ſei, und dieſe Meinung beruht dann offenbar auf Gründen.

Hieraus erklärt ſich ferner die beſtändig wiederholte Charakteriſirung der rechtlichen Ueberzeugung als einer unmittelbaren, d. h. einer nicht durch Schlüſſe vermittelten, ſondern

138) S. 316.

von selbst, durch die Natur daseienden, daher auch natürlichen[139]); Puchta[140]) bezeichnet in ähnlichem Sinn die Ueberzeugung als freie[141]), Böhlau als eigene, Savigny auch einmal als innere[142]). Und an diese letztere Wendung schließt sich nahe an die andere, es müsse eine Ueberzeugung oder ein Gefühl innerer Nothwendigkeit des betreffenden Rechtssatzes bestehen[143]).

Endlich erklärt sich hieraus, aber auch nur hieraus, der durch fast die gesammte neuere Literatur hindurch gehende Satz, die Ueberzeugung müsse eine unabhängige, eine selbständige sein[144]).

Gerade aus diesem letzteren Satz sind für die Lehre vom Irrthum die einschneidendsten Konsequenzen gezogen worden, und auch das Reichsgericht hat ihn zu solchen verwerthet.

Nimmt man jene Theorie nämlich an, so ergibt sich für die Irrthumsfrage folgendes:

Haben die Uebungsakte bloß den Werth von Erkenntnißquellen, so ist die allgemeine Rechtsüberzeugung, daß ein Satz an und durch sich Recht sei, nothwendiger Weise immer richtig, denn sobald sie da ist, ist ja jener Satz auch Recht. — Wenn hingegen jene allgemeine Rechtsüberzeugung erst, falls sie geübt ist, Recht produzirt, so ist ihr Inhalt nothwendig immer ein Irrthum, denn dann gibt es keinen Satz, der an sich bindet, sondern nur Sätze, die bei längerem Geübtsein binden; dann beruht also insofern jedes Gewohnheitsrecht auf Irrthum.

Dieß indeß bei Seite. Praktisches Interesse hat nur der Fall des Irrthums, daß ein Satz bereits anderweit, d. h. durch Gesetz oder schon gebildetes, anerkanntes Gewohnheitsrecht, Recht sei. Für diesen Fall ergibt sich nun — und zwar ganz gleichmäßig, ob man die Uebungsakte bloß als

---

139) Vgl. Puchta I. S. 144, 58, 61, 130. II. S. 20, 15. Savigny S. 177, 146.

140) Vgl. Puchta I. S. 78, 79, 126, 144, 180.

141) II. S. 74; ebenso z. B. Holzschuher I. S. 16.

142) S. 176.

143) Savigny S. 15.

144) Puchta II. S. 74—75, 78 und die oben citirten Stellen.

Erkenntnißmittel oder ob man sie als Erforderniß betrachtet — folgende einfache Lösung:

Der Irrthum, daß ein Satz bereits Gesetzessatz oder Gewohnheitsrechtssatz sei, ist an sich gleichgiltig; es kommt nur darauf an, ob die erforderte „innere" Rechtsüberzeugung vorhanden ist. Jener Irrthum schließt diese Ueberzeugung nicht nothwendig aus. Das heißt einmal: die Ueberzeugung kann selbständig neben dem Irrthum vorhanden sein; das Volk kann denken: dieser Satz ist Gesetzessatz und bindet daher (das wäre der Irrthum!), aber wenn er auch nicht Gesetzessatz wäre, er würde doch binden (das wäre die erforderte Rechtsüberzeugung!). Und das heißt zweitens: an Stelle des Irrthums, daß ein Satz schon durch eine anderweite Quelle Recht sei, kann die Ueberzeugung treten, daß er ein in und durch sich selbst bindender Rechtssatz sei. Dieß ist mit den mehr oder minder glücklichen Formulirungen gemeint, daß die ursprünglich auf Irrthum beruhende Ueberzeugung der Uebenden nachher eine wahre Volksüberzeugung werden [145]), sich in eine wahre Ueberzeugung verwandeln [146]), sich vom Grunde des Irrthums loslösen [147]) könne, daß ein irrthümlich vorausgesetzter Rechtssatz die Billigung der gesellschaftlichen Rechtsüberzeugung finden [148]) könne u. dergl. mehr.

Häufiger freilich wird beim Vorhandensein jenes Irrthums diese Rechtsüberzeugung faktisch fehlen, weil kein Anlaß dazu da ist, sie zu bilden: der Irrthum schließt nicht begrifflich die Rechtsüberzeugung aus, aber er läßt sie in den meisten Fällen thatsächlich nicht zur Entfaltung kommen.

Vergleicht man diese Sätze mit denen, welche Puchta und Savigny aufstellen, so ergibt sich freilich noch immer eine große Differenz. Weil Beide eben jenen Begriff nicht klar und entschieden in die Mitte stellten, ziehen sie auch die einfachen Konsequenzen aus ihm nicht in klarer Weise.

---

145) So außer Puchta und Savigny z. B. Holzschuher I. S. 16.
146) Roth, bayrisches Civilrecht I. § 9 N. 43.
147) Windscheid § 16 N. 3. Vgl. Stahl S. 254 fg.
148) Böhlau S. 331.

Es ist nicht richtig, wenn Puchta sagt, der Rechtsirrthum hindere die allgemeine Ueberzeugung; diese kann vielmehr offenbar neben dem Irrthum noch vorhanden sein, der Irrthum ist auf das Dasein jener Ueberzeugung ohne jeden Einfluß. Ebensowenig ist es richtig, wenn Savigny S. 176 sagt, es könne für die Volksüberzeugung der Irrthum, daß der betreffende Satz schon anderweit Recht sei, als Bestärkung dienen. Denn wenn auch beide Vorstellungen — jener Rechtsirrthum, daß der betreffende Satz Gesetzesrecht, und zugleich die erforderte Rechtsüberzeugung, daß er ohnehin schon durch sich selbst Recht sei — nebeneinander vorhanden sind, so haben sie doch garnichts mit einander zu schaffen, sondern sind völlig unabhängig von einander und einflußlos auf einander.

Und um die Verwirrung voll zu machen, springen dann Puchta wie Savigny für diese Irrthumsfälle plötzlich auf einen ganz anderen Gesichtspunkt über, nämlich sie kommen zu der Gerechtigkeitstheorie zurück. Wenn der eine Volksüberzeugung veranlassende Irrthum, daß der betreffende Satz römisches Recht sei — so sagt Puchta in einer schon oben citirten Stelle [149]) — als die eigentliche und vornehmste Quelle jener Ueberzeugung angesehen werde, so würde das Dasein einer Volksüberzeugung geleugnet werden müssen. „Aber", fährt er fort, „es lag vielmehr etwas in dem Rechtsgefühl der Kundigen des Volkes, was jenen Satz als den übrigen Bestimmungen unseres Rechts konform, als die Befriedigung eines rechtlichen Bedürfnisses erscheinen ließ, so daß jener Irrthum weniger die Quelle des Rechtssatzes, als das Mittel wurde, ihn in Wirkung zu setzen." Aber daß ein Satz rechtliche Ueberzeugung ist, also als geltendes Recht vorgestellt wird, und daß er zur Befriedigung eines vorhandenen rechtlichen Bedürfnisses geeignet erscheint, sind doch zwei urverschiedene Dinge. Unter der Hand und fast unmerklich hat Puchta hier der Volksüberzeugung, daß ein Satz Recht sei, die Ueberzeugung, daß es gut wäre, wenn er Recht wäre

149) II. S. 69 fg.

und würde, oder daß er zweckmäßig und gerecht sei, substituirt: und diese letztere kann denn freilich trotz Vorhandenseins der Vorstellung, daß der betreffende Satz bereits Recht sei, fehlen. Und bei dieser Verwechslung begreift sich dann, wie Puchta[150]) sagen kann, der allgemeine Irrthum, daß ein betreffender Satz schon anderweit Recht sei, bilde kein Gewohnheitsrecht, denn es fehle die rechtliche Ueberzeugung, diese sei erst dann vorhanden, wenn „dem Rechtssinn des Volks der fragliche Satz an sich, und abgesehen von seiner irrthümlichen Begründung ... als recht und gut erscheint" — eine Wendung, die doch entschieden auf die Gerechtigkeitstheorie hindeutet.

In ganz ähnlicher Weise widerspruchsvoll sind einige Aeußerungen Savignys. Wenn, so sagt er[151]), ältere Juristen aus dem römischen Recht irriger Weise gewisse Sätze deducirt haben und zwar „es damit ganz ehrlich meinten", also nicht bloß das römische Recht als eine Handhabe für eine Neubildung benutzten sondern in der That seinen Sinn wiederzugeben glaubten: so haben nur diejenigen Sätze gewohnheitsrechtliche Kraft, die „auf neuen Bedürfnissen beruhen", alle anderen gelten wegen Irrthums nicht.

Aber wenn, wie Savigny selbst sagt, die neuen Sätze lediglich in Folge des Irrthums über das vorhandene Gesetz von den Juristen aufgestellt sind, so müssen sie doch entweder alle gelten oder alle nicht gelten: der rein objektive Unterschied, ob sie zugleich den vorhandenen Rechtsbedürfnissen entsprechen oder nicht, ist doch für die Frage ihrer Geltung ganz ohne Belang und völlig willkürlich hier hereingetragen.

Seite 180 verweist Savigny wieder auf die eben kritisirte Bemerkung, indem er ihr aber zugleich eine neue subjektive Wendung gibt: er unterscheidet, „je nachdem das praktische Recht aus einer falschen Theorie hervorgieng, oder aber aus der Beachtung der veränderten Zustände und Bedürfnisse"; — ersterenfalls läge kein Gewohnheitsrecht vor, wohl

150) II. S. 74.
151) S. 93.

aber letzterenfalls, „selbst wenn in die Versuche einer theoretischen Rechtfertigung (solcher letzteren Sätze) auch mancher historische Irrthum eingemischt sein sollte."

Wenn die Neubildung aus einer „Beachtung" der veränderten Bedürfnisse hervorgeht, so läßt sich das nur so denken: der neue Satz ist geübt ohne Rücksicht darauf, ob er Recht war, lediglich weil er zweckmäßig war. Die „rechtliche Ueberzeugung" ist hier also keine Ueberzeugung, daß eine Rechtsregel bereits existire, wie Savigny sonst sagt; wir sind vielmehr auf der Basis einer völlig anderen Theorie des Gewohnheitsrechts angelangt. Der neue Satz gilt, weil er für zweckmäßig erachtet wird (Gerechtigkeitstheorie) oder gar weil der Wille des Uebenden ihn zum Rechtssatz machen will (Willenstheorie)[152]).

Auch die Späteren, welche von der Puchta-Savigny'schen Begriffsgrundlage ausgehen, haben die angegebenen Konsequenzen für die Irrthumsfrage meist nicht rein gezogen[153]). Die von den angenommenen Prämissen aus folgerichtigste Darstellung, die ich kenne, ist die von Böhlau[154]). —

Ganz unrichtig ist es selbstverständlich, wenn man, von dem Erforderniß einer „allgemeinen Rechtsüberzeugung" im dargelegten Sinn ausgehend, den Irrthum im Allgemeinen für gleichgiltig und nur einen einzigen besonderen Fall des Irrthums für relevant hält, den Fall nämlich, daß sich der

---

152) Auch diese, von den gegebenen Prämissen aus fehlerhafte Berufung auf die „Bedürfnisse" ist von Späteren wiederholt. S. z. B. Sintenis I. S. 39, 44. Vgl. auch die (freilich wohl mit der Willenstheorie operirende) Entscheidung des O.-Trib. Stuttgart, Seuffert XV. 217.

153) Literaturnachweise s. oben N. 18, Auslegung Nr. 1; vgl. N. 116.

154) S. 330 fg. Er lehrt, der Rechtsirrthum des Uebenden sei nur insofern von Bedeutung, als die Handlung des Uebenden einen Schluß auf eine bestehende gesellschaftliche Rechtsüberzeugung nicht zulasse; soweit indeß die Selbständigkeit der Rechtsüberzeugung von dem Irrthum des Uebenden nicht alterirt werde, thue auch der Irrthum der Schlüssigkeit der Uebung keinen Eintrag; daher könne die erforderliche Rechtsüberzeugung sehr wohl neben dem Irrthum bestehen oder an ihn anknüpfend entstehen.

Irrthum auf den Inhalt eines einzelnen geschriebenen Rechtssatzes bezieht (Interpretationsirrthum). Glauben die Uebenden also, daß der betreffende Satz im Gesetz stehe, ohne daß sie an einen besonderen Paragraphen dieses Gesetzes dabei denken, so soll ein Gewohnheitsrecht entstehen können, wenn sie aber an einen solchen besonderen Paragraphen denken, nicht. Diese Einschränkung haben — im Anschluß an die l. 39 D. de leg. — manche Schriftsteller, hat auch wahrscheinlich das Reichsgericht in der unter Nr. 4 mitgetheilten Entscheidung gemacht. Ja es findet sich sogar die Meinung, daß nur der Irrthum in der Auslegung eines klaren Gesetzes schade — so auch das Reichsgericht in der unter Nr. 6 erörterten Entscheidung —, oder umgekehrt, daß nur der Irrthum in der Auslegung eines dunklen Gesetzes (!) schade [155]).

Daß alle diese Einschränkungen nichts als Willkür sind, hat bereits Savigny [156]) scharf ausgesprochen: „Wenn jeder andere Irrthum die Entstehung eines wahren Gewohnheitsrechts nicht hindert, warum denn dieser?“

Und in der That — wenn und weil die Ueberzeugung, daß ein Satz durch sich selbst bindende Kraft habe, überhaupt neben einem Rechtsirrthum vorhanden sein kann, so kann sie auch im Besonderen neben dem Irrthum vorhanden sein, daß der betreffende Satz bereits in einem bestimmten Gesetzestext ausgesprochen sei. Ob ich nun ein vorhandenes Gesetz falsch interpretire oder ein garnicht vorhandenes Gesetz als vorhanden annehme — der Irrthum ist in beiden Fällen derselbe, nämlich Irrthum, daß ein Satz Gesetzessatz sei, der es nicht ist; im ersten Fall tritt zu diesem Irrthum nur noch der zweite durchaus gleichgiltige Irrthum hinzu, daß der nicht vorhandene aber als vorhanden angenommene Gesetzessatz identisch sei mit einem anderen wirklich vorhandenen Gesetzessatz, während diese zweite Vorstellung im zweiten Falle fehlt. Im Uebrigen kann aber die erforderliche „rechtliche Ueberzeugung“ in beiden Fällen gleichmäßig vorhanden sein oder fehlen; wenn sie überhaupt vorhanden ist, so ist sie auch in beiden Fällen

155) S. oben bei der Literatur über die l. 39 de leg.; Nr. 2.

156) S. 175 N. g.

gleichmäßig unabhängig vom geschriebenen Recht; fehlt sie aber, so kann nach den gegebenen Prämissen in keinem von beiden Fällen von Gewohnheitsrecht irgendwie die Rede sein.

Nur wenn man den bisher ermittelten Begriff der „Rechtsüberzeugung“ [157]) zu Grunde legt, wird voll verständlich, wie das Reichsgericht (in den beiden Entscheidungen oben Nr. 4 und 5) sagen konnte, Handlungen, welche lediglich Anwendung eines vermeintlich bestehenden Gesetzes seien [158]), oder eine Praxis, welche lediglich auf wissenschaftlicher (unrichtiger) Auffassung des gesetzlichen Rechts beruhe [159]), bildeten kein Gewohnheitsrecht: diese Praxis müsse vielmehr Ausdruck einer allgemeinen Rechtsüberzeugung sein, jene Handlungen müßten „Ausdruck einer vom geschriebenen Rechte unabhängigen Rechtsüberzeugung“ sein, es müsse „ein von dem Gesetze unabhängiges Gewohnheitsrecht“ vorliegen [160]); die erforderliche Rechtsüberzeugung könne aber an den Irrthum anknüpfend entstehen [161]).

Aber gerade diese Entscheidungen zeigen, wie wichtig die dargelegten Differenzen im Begriff der Rechtsüberzeugung praktisch sind. Denn ich für meine Person habe keinen Zweifel, daß in dem Fall der Entscheidung Nr. 4 wenigstens ein giltiges Gewohnheitsrecht wirklich vorlag.

Daß freilich bei vorsichtiger Handhabung dieser Grundsätze der praktische Unterschied dieser Lehre von der, welche den Irrthum überhaupt und in jeder Weise für gleichgiltig hält, nicht groß ist, muß zugegeben werden. Bei jeder aus Irrthum hervorgegangenen Uebung eines Satzes läßt sich schließlich behaupten, es stehe neben dem Irrthum oder es sei dem Irrthum gefolgt eine allgemeine Rechtsüberzeugung — bei der Nebelhaftigkeit und darum völligen Unbeweisbarkeit

---

157) Ihn verwenden wohl auch die Entscheidungen des O.-A.-G. Jena bei Seuffert XII. 91 a. E., und Wiesbaden, XIII. 1, XIII. 3, XIII. 204.

158) Entsch. II. S. 185 (oben Nr. 4).

159) Entsch. VII. S. 235 (oben Nr. 5).

160) Entsch. II. S. 186.

161) Entsch. II. S. 185 fg. (?) VII. S. 235.

einer ſolchen Thatſache, wie es jene allgemeine Rechtsüberzeugung iſt, würde der Richter immer auf ein vages Ermeſſen angewieſen ſein, was in dieſem Fall dazu dienen kann, einer unrichtigen Theorie ihre praktiſch gefährlichen und unbrauchbaren Konſequenzen zu korrigiren.

XII. 3) d. Kritik der Ueberzeugungstheorien.

Die dargeſtellten Theorien der hiſtoriſchen Schule (die Ueberzeugungstheorien) ſuchen alle den Grund der bindenden Kraft des Gewohnheitsrechts in der allgemeinen Rechtsüberzeugung ſei es des Volks oder einer Volksabtheilung; ſie unterſcheiden ſich aber durch das, was ſie als Inhalt dieſer Ueberzeugung denken, und durch die Bedeutung, welche ſie den Uebungsakten beilegen.

Dieſe drei Punkte (jenes Gemeinſame und dieſe beiden Unterſchiede) werde ich im Folgenden beſprechen; ich beginne mit dem letzten.

1) Die Uebungsakte des Gewohnheitsrechts werden bald als bloßes Erkenntnißmittel, bald als Entſtehungserforderniß angeſehen. Indeß auch faſt alle Anhänger der letzteren Anſicht ſprechen doch klar aus, daß der Grund der bindenden Kraft des Gewohnheitsrechts in dem inneren Moment der allgemeinen Rechtsüberzeugung, nicht in jenem äußeren der Uebung liege [162]). Damit ſcheint mir der Streit aber auch entſchieden. Denn ſteht man einmal auf dem Standpunkt, in der allgemeinen Rechtsüberzeugung des Volks den Grund der bindenden Kraft des Gewohnheitsrechts zu erblicken, ſo iſt es nur konſequent, das Vorhandenſein einzelner Uebungsakte nicht als Entſtehungserforderniß ſondern nur als Erkenntnißquelle anzuſehen. Wenn eine allgemeine Rechtsüberzeugung da iſt, ſo iſt ſie deßhalb nicht weniger da, weil ſie bisher nicht geübt iſt — man nehme an, daß ſich Gelegenheit zur

162) Beſonders deutlich z. B. Windſcheid § 15: „In dieſer Ueberzeugung liegt der Grund der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechts.“ Wächter, Pandekten I. S. 103. Vgl. auch Brandis, kritiſche Vierteljahrsſchrift XXIII. S. 205.

Uebung noch nicht gefunden hat. Die Gründe, die man dafür geltend gemacht hat, daß die Uebung ebenfalls Erforderniß sei, scheinen mir von dem Standpunkte der Ueberzeugungstheorien aus nicht durchschlagend. Windscheid sagt, die nicht geübte Rechtsüberzeugung könne als ein rein Innerliches nicht in Betracht kommen [163]). Aber warumnicht? Oder vielmehr: wenn festgestellt wird, daß ein bestimmter Satz Inhalt der allgemeinen Rechtsüberzeugung sei, so muß sich jedenfalls diese Ueberzeugung irgendwie geäußert haben, denn sonst wäre sie ja nicht erkennbar. Daß aber eine bestimmte Form der Aeußerung, und zwar die Aeußerung durch schlüssige Handlungen erfordert sei und den Vorzug haben solle z. B. vor der direkten Aeußerung durch eine sie enthaltende Erklärung, ist nicht einzusehen und eine unbewiesene petitio principii. Ich werde außerdem späterhin noch geltend machen, daß die einzelnen Uebungsakte auch in ihrer Summe durchaus keine adäquate Aeußerungs- oder Erklärungsform der allgemeinen Rechtsüberzeugung sind und sein können.

Windscheid sagt weiter: „Die nicht in der Uebung zum Ausdruck gelangte Rechtsüberzeugung ist ihrer Qualität nach zur Begründung von Recht nicht ausreichend. Nicht die bloß theoretische Rechtsüberzeugung schafft Recht, sondern nur diejenige, deren Energie groß genug ist, um bestimmend auf die Gestaltung der Rechtsverhältnisse einzuwirken“ [164]). Aber das ist wieder eine petitio principii: liegt der Grund der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechts in dem Dasein der allgemeinen Rechtsüberzeugung, und so sagt Windscheid ausdrücklich, dann ist auch außer ihr (also der „theoretischen“ Ueberzeugung) nichts erfordert. Daß sie thatsächlich bisher noch nicht geübt ist, braucht zudem nicht aus Mangel an Energie geschehen zu sein: es kann auch in Zufälligkeiten seinen Grund haben.

---

163) § 15 N. 2. Ebenso viele Andere, s. z. Unger § 4 nach N. 21.

164) Aehnlich Wächter, Pandekten I. S. 104, die Rechtsüberzeugung bestehe durch die Uebung ihre Probe. Vgl. auch Dahn, Rechtsphilos. Studien S. 238 fg.

Andere Gründe [165]) habe ich nicht gefunden, nur Behauptungen, die das thema probandum lediglich umſchreiben[166]). Dieſe ganze Anſchauung ſcheint mir aus einem zweifachen Grunde entſtanden zu ſein: einmal weil man die Bedeutung des thatſächlichen Moments der Uebung wohl fühlte, aber doch die Baſis der Puchta'ſchen Theorie nicht aufgeben wollte, ſodann in der Verwendung einer nicht paſſenden Analogie. Der geſetzgeberiſche Wille muß erklärt ſein, um Recht zu werden, alſo auch die Volksüberzeugung. Falſch! wer das Gewohnheitsrecht auf den Volkswillen zurückführt, der muß auch (wie die römiſchen Juriſten) eine Erklärung dieſes Volkswillens verlangen, von jener Theorie aus mag die Analogie beweiſend ſein; anders aber, wenn man eine Volksüberzeugung und nicht einen Volkswillen verlangt [167]).

2) Die erforderte Rechtsüberzeugung ſoll zum Inhalt haben entweder, der betreffende Satz ſei gerecht, oder ſchlechthin, er ſei Recht oder endlich, er ſei Recht durch ſich ſelbſt. In dem Erforderniß einer Ueberzeugung dieſer letzteren Art fanden wir das verborgene treibende Prinzip der herrſchenden Lehre. Mir ſcheint aber, daß, ſobald dieſes Prinzip einmal klar ausgeſprochen wird, es auch vernichtet iſt: in ihm ſelbſt liegt der Beweis ſeiner Unmöglichkeit. Es verſteht ſich ganz von ſelbſt, daß die erforderte Vorſtellung, ein Satz binde an ſich ſelbſt, auch ohne Geſetzesrecht oder ſchon anerkanntes Gewohnheitsrecht zu ſein, nur von dem gehegt werden kann, der eben die echte Puchta-Savigny'ſche Theorie für richtig hält, d. h. der eben glaubt, daß jene Ueberzeugung Recht zu ſchaffen vermöge. Dieſe Ueberzeugung jedoch wird ſelbſt unter den Juriſten nicht von Allen getheilt, dem

165) Windſcheids Bemerkung § 15 N. 2 a. E. iſt ſchlagend wahr, aber ſie dient ihm nicht als Grund für die Nothwendigkeit der Uebung; ſonſt würfe ſie um, was er § 15 Text zu N. 1 (ſ. das Citat oben N. 162) ſagt.

166) Z. B. bei Wächter, Pand. I. S. 103—104.

167) Dieſer Fehlſchluß z. B. bei Wächter S. 103 u. — 104, 104; ähnlich bei Stahl II. 1, S. 238 fg., v. Bangerow, Pand. I. S. 41, Nr. 2. Unger § 4 nach N. 20; v. Scheurl in Doves Zeitſchrift II. S. 186; auch bei Beſeler, Syſt. I. S. 99.

Mann aus dem Volk aber ist sie gewiß fremd: er weiß heutzutage sehr wohl, daß Rechtssätze durch die Gesetzgebung oder durch die lange Uebung entstehen; wenn er einen Satz für geltendes Recht hält, so gibt er sich wohl in den meisten Fällen keine Rechenschaft über die Entstehungsquelle sondern begnügt sich einfach mit dem Resultat, daß er gelte: aber die positive Vorstellung, ein Satz könne gelten, obwohl er nicht durch Gesetz oder lange Uebung eingeführt sei, lediglich durch seinen eigenen Werth und Inhalt — diese Ueberzeugung wird er, ich glaube, niemals haben. Als *gerecht* wird er den Satz empfinden und vielleicht stürmisch die Forderung erheben, daß das Gerechte auch verwirklicht werde, aber als *Recht* im juristischen Sinn wird er ihn nicht ansehen — wie oft hört man nicht gerade deßhalb auf das Recht schelten, weil es sich nicht mit dem Gerechten decke.

Die Meisten erfordern nun heutzutage auch noch Uebungsakte als Entstehungserforderniß neben der allgemeinen Rechtsüberzeugung. Aber dann ist das Dasein einer allgemeinen Rechtsüberzeugung in dem geschilderten Sinn ein Widerspruch in sich selbst. Jene Rechtsüberzeugung hat ausschließlich zum Inhalt, ein Satz sei durch sich selbst Recht; in Wahrheit wird der betreffende Satz aber erst Recht, wenn die Uebung hinzukommt; wer dieser Theorie anhängt, weiß das; sobald er das aber weiß, muß er jene Ueberzeugung nothwendig aufgeben, sobald diese Theorie sich also verbreitet, ist jene Rechtsüberzeugung nicht mehr allgemein und damit die Möglichkeit der Bildung eines Gewohnheitsrechts überhaupt ausgeschlossen.

Die herrschenden, auch vom Reichsgericht meist zu Grunde gelegten Sätze über den Einfluß des Irrthums beim Gewohnheitsrecht erklären sich nur, wenn Rechtsüberzeugung in dem soeben besprochenen mystischen Sinne verstanden wird. Da dieser Sinn unmöglich ist, fallen auch jene Konsequenzen dahin.

Schon von dieser Erwägung aus stellt sich die „innere" Ueberzeugung als ein ganz unbrauchbares theoretisch wie praktisch haltloses Unding dar. Eine zweite Erwägung bezieht sich zugleich auf die Theorie, welche diese „innere" Ueberzeugung

und auf die, welche eine Gerechtigkeitsüberzeugung" erfordert, und führt bezüglich beider zu dem gleichen Resultat völliger Verwerfung.

Es sei einmal zugegeben, daß bei einigen Sätzen des Gewohnheitsrechts eine Ueberzeugung der einen oder anderen genannten Art vorhanden ist. Jedenfalls aber giebt es sehr zahlreiche Sätze anerkannten Gewohnheitsrechts, welche niemals Gegenstand der Uebezeugung sein können, sie seien durch sich selbst Recht, oder sie seien gerechter, zweckmäßiger u. s. w. als andere Rechtssätze über den gleichen Gegenstand: sie sind, wie Hegel[168]) treffend sagt, gewisse für die Entscheidung in der Wirklichkeit erforderliche letzte Bestimmungen. Savigny[169]) charakterisirt diese Sätze selbst sehr richtig dahin, es liege „in ihrer Natur eine relative Gleichgiltigkeit, es komme bei ihnen nur darauf an, daß irgend eine feste Regel gelte und als geltend bekannt sei, welche es auch sei" [170]). Er rechnet dahin Rechtssätze, welche eine Zahlbestimmung und welche die äußere Form eines Rechtsgeschäftes zum Gegenstande haben. In der That, wie kann es Gegenstand einer aus dem Volksinneren herausquellenden Ueberzeugung sein, es sei Recht durch sich selbst oder es sei gerecht, daß für ein Schiff dieser Größe 11 und nicht 12 Liegetage gelten, daß eine Verjährungsfrist diese bestimmte Länge habe, daß 500 solidi gleich 500 Dukaten, und daß diese Dukaten gleich 4 fl. im 18 fl.-Fuß, nicht im 20 fl.-Fuß, oder umgekehrt seien! Selbst von Zweckmäßigkeit oder Unzweckmäßigkeit kann doch hier unmöglich die Rede sein! Ebenso ist es bei Formvorschriften, z. B. rücksichtlich der Unterschriften und Siegel der Zeugen beim Testament. Die Ueberzeugung, eine solche Bestimmung sei irgendwie geltendes Recht, kann vorkommen, aber eine Ueberzeugung im Sinne der echten Puchta-Savigny'schen Theorie oder der Gerechtigkeitstheorie zu erfordern, ist ein wahrer Hohn auf die Wirklichkeit.

---

168) Rechtsphil. § 3, § 214.

169) I. S. 36, vgl. S. 150, 176.

170) Ebenso Thoel, Einl. S. 137. Handelsrecht I. S. 46 fg.

Savigny hat denn auch für diese Fälle nicht bloß, was bekannt ist, entgegen seiner sonstigen Theorie die Uebung als „mitwirkenden Entstehungsgrund“ (S. 37) des Gewohnheitsrechts anerkannt, sondern auch, was oft übersehen wird, auf das Erforderniß der von ihm sonst erforderten „inneren“ Ueberzeugung ausdrücklich Verzicht geleistet[171]). Auch Thoel gibt das Erforderniß der Rechtsüberzeugung für diese Fälle, die er als Fälle des Gewöhnungsrechts bezeichnet, gänzlich auf[172]).

Ja auch Rechtssätze, die über die engen Grenzen dieser „allerpositivsten“ Rechtssätze hinaus liegen, sind doch in zahlreichen Fällen immer noch so positiv, daß sie den Gegenstand einer Ueberzeugung, sie seien gerecht oder Recht durch sich selbst, zu bilden gar nicht fähig sind. Könnte wirklich eine derartige Ueberzeugung z. B. zum Inhalt haben, daß (oben Fall Nr. 4) nicht bloß Erker, sondern auch größere Vorbaue in den öffentlichen Luftraum hinausgebaut werden dürfen? daß bei Vererbpachtungen von Pfarrgrundstücken keine Kirchenvorsteher zugezogen zu werden brauchen (oben Fall Nr. 5)? Ist es denn möglich zu übersehen, daß in allen diesen Fällen von jener mystischen oder Gerechtigkeitsüberzeugung niemals die Rede sein kann?

Ich behaupte nun sogar, daß das vielgepriesene und viel umschriebene Gewohnheitsrecht im Privatrecht heutzutage soweit es sich neubildet, durchaus oder wenigstens fast nur noch Sätze, wie die genannten, zum Inhalt hat, Sätze also, bei denen jene mystische „innere“ Ueberzeugung oder eine Gerechtigkeitsüberzeugung gar keinen Raum findet. Jedenfalls gibt es viele solche Sätze; und wenn nun, was anerkannt ist, auch diese als wahres Recht gelten, wenn ferner, wie festgestellt, sie nicht gelten, weil sie von einer rechtlichen Volksüberzeugung des besprochenen Inhalts getragen werden — so müssen wir für sie jedenfalls einen anderen Grund ihrer verbindenden Kraft suchen.

---

171) Beweis: S. 176 Z. 6—9.

172) Vgl. Abschnitt XIV. N. 224.

Es entſpricht nun doch — und dieſes Argument ſcheint mir unüberwindlich — allein den Forderungen einer wiſſenſchaftlichen Methode, ebenſo wie man ſtatt zweier verſchiedener Hypotheſen zur Erklärung zweier ganz gleichartiger Wirkungen möglichſt nur eine für beide verwendet, ſo auch, daß man die bindende Kraft für die anderen Fälle des Gewohnheitsrechts auf denſelben Grund zurückführt, welcher bei jenen Fällen des „Gewöhnungsrechts“ nothwendig angenommen werden muß. Wenn die Sätze des Gewöhnungsrechts binden, ohne daß die allgemeine Volksüberzeugung des gedachten Inhalts der Grund ihrer bindenden Kraft iſt, ſo iſt auch für die übrigen Sätze des Gewohnheitsrechts dieſer Grund nicht der maßgebende, ſo leiten auch dieſe ihre bindende Kraft aus einem anderen Moment her, ſo ſind auch ſie Rechtsſätze und binden, ſelbſt wenn bei ihnen jene bezeichnete allgemeine Rechtsüberzeugung fehlt, d. h. kurz: die allgemeine Rechtsüberzeugung im Sinne der Gerechtigkeits- und der echten Puchta-Savigny'ſchen Theorie iſt niemals Erforderniß und niemals Grund der bindenden Kraft irgend eines Gewohnheitsrechtsſatzes.

Mir ſcheinen dieſe beiden Theorien hiermit völlig eliminirt, und als denkbar bleibt nur übrig die unſchädlichſte der drei Ueberzeugungstheorien, die Rechtmäßigkeitstheorie. Die Ueberzeugung ſchlechthin, ein Satz ſei Recht, kann in der That überall vorkommen. Dieſe Theorie führt, namentlich wenn auch die Uebung als Erforderniß angeſehen wird, konſequent fortgedacht bezüglich der Irrthumsfrage zu durchaus richtigen Konſequenzen; ſie geht nur darin fehl, daß auch ſie eine Volks- oder allgemeine Ueberzeugung, der Satz ſei Recht, verlangt. Dem Nachweis, daß es eine derartige Geſammt- oder auch nur allgemeine Rechtsüberzeugung irgend eines Inhalts nicht gibt, und daß, ſelbſt wenn es ſie gäbe, in ihr der Grund der bindenden Kraft des Gewohnheitsrechts nicht liegen könne, iſt die folgende Kritik gewidmet. Sie richtet ſich gleichmäßig gegen alle drei Ueberzeugungstheorien, und gegen jede derſelben ohne Unterſchied, ob neben der allgemeinen Rechtsüberzeugung noch die Uebung derſelben als weiteres

Entstehungserforderniß aufgestellt ist oder nicht. — Was übrigens hier gegen den Begriff der allgemeinen oder Gesammt-Ueberzeugung gesagt werden wird, gilt auch in analoger Weise gegen den Begriff des allgemeinen oder Gesammt-Willens. Man möge in dieser Richtung die folgenden Ausführungen stillschweigend ergänzen.

3) Ich frage also zuerst: gibt es überhaupt eine „allgemeine Rechtsüberzeugung"?

Es ist, wie schon oben erwähnt, das Charakteristikum aller Theorien der historischen Schule, daß sie ein psychisches Gesammtphänomen als vorhanden behaupten. Dieses Gesammtphänomen bezeichnet man durchgängig als gemeinsame oder allgemeine Rechtsüberzeugung des Volks u. dergl., setzt indeß unbefangen hinzu, diese allgemeine Ueberzeugung sei „die Ueberzeugung der Gesammtheit, also nicht nothwendig aller Einzelnen" [173]), also ist sie nicht allgemein, und es ergibt sich mit Nothwendigkeit, daß die Gesammt-Rechtsüberzeugung etwas Anderes sein soll als die Summe der Rechtsüberzeugungen aller Einzelnen.

Die Existenz einer Gesammt-Ueberzeugung in diesem Sinne halte ich indeß für unerweislich, ja sogar für unmöglich. Selbst auf die Gefahr hin einer philiströsen Empirie, eines flachen Materialismus geziehen zu werden, muß ich sie doch leugnen. Die großen spekulativen Gebilde unserer philosophischen Denker in allen Ehren — aber hierher gehört die Spekulation nicht. Ich werde später zu zeigen versuchen, auf welchen Standpunkten sie berechtigt ist; hier, wo wir es mit der Erklärung einer rein empirischen Thatsache — der Thatsache nämlich, daß gewisse Sätze Rechtssätze werden — innerhalb der empirischen Welt zu thun haben, ist auch nur die nüchternste Betrachtung in ihrem Rechte.

Ich habe mich des Eindrucks nie erwehren können, als sei die historische Schule bei all' ihren Leistungen auf dem Gebiete dieser Lehre doch tief in eine Art naturrechtlicher

173) Thoel, Einleitung S. 131. Ebenso Puchta, I. S. 157, Jahrbücher S. 9, Pandekten § 12 i. A., Vorlesungen § 12 i. A.

Methode verfangen. Sie argumentirt fortwährend aus vorgefaßten ganz allgemein-philosophischen Begriffen heraus: das, was die Lehre hervortreibt und im Einzelnen bestimmt, ist nicht die Erkenntniß positiver Rechtssätze, auch nicht die empirisch-historische Betrachtung der thatsächlichen Bildungsvorgänge auf dem Gebiete des Rechts, sondern es ist eine — wenn man den Ausdruck überhaupt hier verwenden will — allgemein-philosophische Vorstellungsreihe über Inhalt und Wesen des Rechts, aus dem dann das Einzelne deducirt wird [174]). Hiermit hängt das Helldunkel, in welchem besonders der Begriff der „Rechtsüberzeugung" gehalten ist, eng zusammen. Klare scharfe Begriffe und eine realistische Betrachtungsweise thun indeß in dieser wie in jeder juristischen Lehre, die schließlich im praktischen Leben verwerthet werden soll, noth.

Nach meinen Dafürhalten liegt in der Bildung des Begriffs Gesammtüberzeugung im Sinne einer selbständigen, von der Summe der Ueberzeugungen aller Einzelnen verschiedenen und doch wirklichen Ueberzeugung eine durchaus unzulässige Uebertragung eines aus der Erfahrung gewonnenen Begriffs auf ein fremdes Gebiet. Ueberzeugung ist bejahte Vorstellung. Vorstellung nennen wir gewisse psychische in dem Einzelnen sich vollziehende Prozesse, die wir durch Selbstbeobachtung kennen. Nur soweit wir sie beobachten, haben sie für uns Realität. Sie sind aber nur in den einzelnen Menschen zu beobachten, gebunden an dessen körperliche Existenz. Und ich scheue mich nicht den trivialen Einwand zu machen: wo ist das Gehirn, das Träger der Gesammtüberzeugung ist? Mag man auch von Volksseele und Volksgeist sprechen — in dem Sinn, daß diese Seele wirkliche Vorstellungen haben soll, können wir das unmöglich thun. Ich bin der letzte, der leugnet, daß mit „Volksüberzeugung" u. dgl. etwas Eigenthümliches und besonderen Nachdenkens Werthes bezeichnet wird: trotzdem aber ist dieß und kann dieß immer nur sein eine im Volk verbreitete, d. h. bei vielen Volksgenossen vorhandene Vorstellung;

174) Vgl. Adickes S. 5.

sie hat das Eigenthümliche, daß ihr Vorkommen bei so vielen, in einer Volksgemeinschaft mit- und nacheinander lebenden Menschen nicht ein lediglich zufälliges Zusammentreffen sondern verursacht oder bedingt ist durch die Thatsache der Volksgemeinschaft; d. h. entweder: der Eine übernimmt sie vom Anderen — man weiß, daß Ideen mit der Kraft eines Contagiums wirken können —, oder sie wird bei den Einzelnen durch die Gleichheit der Verhältnisse, in denen sie leben, durch die gemeinsame Naturbestimmtheit, durch vererbte und anerzogene gleiche Eigenschaften gleichmäßig erzeugt. Nimmermehr sind aber solche „Volksvorstellungen" einheitlich vorhandene Vorstellungen eines einheitlichen seelischen Subjekts.

Ein Zweites kommt hinzu. Wenn eine solche Gesammtrechtsüberzeugung als existirend angenommen werden soll, so muß sie sich irgendwie manifestiren, denn woher sollten wir sonst von ihr wissen? Um konstatiren zu können, daß eine Gesammtrechtsüberzeugung vorhanden sei, ist „das Greifen in den eigenen Busen, die Befragung seiner selbst gar nicht bedeutend, denn der Einzelne ist nicht die Nation" [175]). Aber anders als durch Wort oder That Einzelner kann sich denkbarer Weise das Gewohnheitsrecht nie äußern, und so viele Einzelne auch in Wort und That übereinstimmen mögen: immer bleibt die Thatsache unausweichlich richtig, daß diese Mehrheit von Einzelnen nicht die Nation bezw. die betreffende Volksabtheilung ist. Und daraus ergibt sich, wie mir scheint ebenfalls unausweichlich, daß die Gesammtüberzeugung keine Möglichkeit hat zu erscheinen und Gegenstand unseres Wissens zu werden. Wenn aber etwas in keiner Weise sich uns irgendwie bemerkbar machen kann, so haben wir auch nicht das mindeste Recht es als wirklich anzunehmen: es bleibt hier nur der Glaube übrig, der sich dann freilich wissenschaftlich nicht widerlegen läßt.

Man ist also zu dem ersten großen Fehler gedrängt, zwar die Gesammtüberzeugung als vorhanden anzunehmen,

175) Thoel, Einleitung S. 132 N. 1, Böhlau S. 273; vgl. indeß auch S. 322 N. 31.

als ihre Aeußerungsform aber etwas zu betrachten, was niemals ihre Aeußerungsform sein kann, nämlich die Rechtsüberzeugung, welche den Einzelnen gemeinsam, welche allgemein ist. Aber sofort erheben sich neue unüberwindliche Schwierigkeiten. Wer sind die Einzelnen, auf deren Rechtsüberzeugung als Erscheinungsform der Gesammtrechtsüberzeugung es ankommt? Alle, die überhaupt zu dem Volk oder der betreffenden Volksabtheilung gehören? Man wird sofort mit Nein antworten, denn es gibt bei den meisten Gewohnheitsrechtssätzen sehr viele zu dem betreffenden Volk oder der Volksabtheilung gehörige Personen, die nie in die Lage kommen, mit jenem Gewohnheitsrechtssatz irgendwie zu thun zu haben. Also nicht Alle schlechthin, sondern alle „Betheiligten"! [176]). Gut, aber wer ist betheiligt? Der Begriff läuft schließlich durchaus auf eine Fiktion heraus. Der Gewohnheitsrechtssatz in Neu-Vorpommern soll lauten: nichtständige Servituten können nur durch unvordenkliche Verjährung, nicht durch Ersitzung erworben werden. Wer ist hier „Betheiligter"? Wer gegenwärtig Grundbesitz hat, an dem oder für den nicht ständige Servituten ausgeübt werden? oder jeder Grundbesitzer des Distrikts? und alle übrigen Personen, die doch auch vielleicht Grundbesitz hatten oder Grundbesitz erwerben werden, nicht? Und wenn nun wirklich der Kreis der Betheiligten festgestellt wäre, wie soll ermittelt werden, ob unter ihnen die Rechtsüberzeugung wirklich allgemein ist? Daß alle Einzelnen übereinstimmen, ist zugegebener Maßen nicht nöthig (s. oben S. 419 N. 173); man würde auch sonst schwerlich zur Annahme der Giltigkeit irgend eines Gewohnheitsrechtssatzes gelangen. Soll also unter „allgemein" verstanden werden, was freilich nicht „allgemein" ist, die Majorität? Aber wie will ich beurtheilen, ob eine solche da ist? Man wird sagen: das gebe das Gefühl; aber das Gefühl muß doch doch irgend Rechenschaft über seine Berechtigung geben können. Wie kann der aus einer anderen Provinz nach Neu-Vorpommern versetzte Richter ein richtiges „Gefühl"

176) Entscheidungen des Reichsgerichts VII. S. 235.

dafür haben? Thatsächlich richtet er sich meist danach, wie früher geurtheilt ist — und er thut wohl daran.

Sobald es sich endlich um Rechtssätze feineren Inhalts handelt, ist die proklamirte „allgemeine Rechtsüberzeugung" gewiß nur die Ansicht der Juristen, daß der betreffende Satz seit langem als Recht geübt und deßhalb Recht sei. Daß aber die Ueberzeugung der Juristen keine allgemeine Ueberzeugung der Betheiligten sondern nur die Ueberzeugung einiger Weniger ist, wird keine Redensart, wie es z. B. die von der Vertretung des Volks durch die Juristen ist, hinwegdisputiren können.

Entscheidend scheint mir endlich folgendes, was auch gegen die Verwendung des Begriffs Gesammtwillen entschied. Um überhaupt ein solches psychisches Gesammtphänomen annehmen zu können, müßte jedenfalls ein Subjekt desselben da sein, also eine Gesammtperson. Damit aber die Einzelnen eine solche Gesammtperson durch und aus sich bilden könnten, müßten sie zweifellos in einer „organischen" Verbindung mit einander stehen. Erst aus solcher Einung könnte sich jene psychische Einheitserscheinung ergeben. Von einer Gesammtüberzeugung könnte also, wenn überhaupt, doch nur da die Rede sein, wo ein durch die Natur selbst gebildeter, ein „natürlich-sittlicher" Personenverband, vor Allem das Volk selbst in Frage kommt. Puchta hat dieß begriffen und mit der ihm eigenen wissenschaftlichen Unerschrockenheit auch die Konsequenzen daraus gezogen; er kam dadurch z. B. auch zur Leugnung des eigentlichen kirchlichen Gewohnheitsrechts in seinem Sinn[177]). Ja man kann selbst zugeben, daß auch ein durch künstliche Organisation zusammengeschlossener Personenverband eine einheitliche Persönlichkeit, welche Träger einer Gesammtrechtsüberzeugung wäre, aus sich zu entwickeln im Stande sei. Thatsache ist aber jedenfalls, daß sich Gewohnheitsrecht in Kreisen und für Kreise bildet, die weder irgendwie eine natürlich-sittliche noch eine künstlich-organisirte Einheit bilden. Woher haben die Schiffer, die etwa in Stolpmünde

177) Puchta, II. S. 268 fg.

Ladung einnehmen, oder die Leute, welche in Hamburg Bauten herstellen oder Häuser zu Eigenthum haben, eine Einheit? Besonders ersichtlich ist dieß bei Berufsklassen, die durch verschiedene Staaten hindurchgehen, z. B. Kaufleuten der verschiedensten Weltplätze. Und ebenso ist es mit dem Gewohnheitsrecht einzelner Stände.

Aber lassen wir alle diese Bedenken! nehmen wir an, es gäbe wirklich in allen den Kreisen, die Gewohnheitsrecht zu produziren im Stande sind, so etwas wie eine allgemeine Rechtsüberzeugung als Gesammtüberzeugung des betreffenden Kreises.

Nun ist doch die nächste und natürlichste Frage: warum ist denn die allgemeine Rechtsüberzeugung, sei es für sich allein, sei es dann, wenn sie geübt wird, Recht? Was gibt ihr diese Kraft? Meines Erachtens Nichts. Am wenigsten läßt sich einsehen, wie die Ueberzeugung des Volks, ein Satz sei gerecht u. s. w., diese Kraft haben soll. Hält man diese Theorie für richtig und betrachtet man zugleich die thatsächliche Uebung nur als Erkenntnißquelle, so geräth man sofort in die Brüche. Es kommt vor und kann täglich vorkommen, daß eine Mehrheit von Volksgenossen gewisse Rechtssätze, die zur Zeit noch nicht Recht sind, für gerecht hält und doch nicht übt, etwa weil die Achtung vor dem positiven Recht zu groß ist. Wollte man diese Sätze wirklich als geltendes Recht ansehen, so ergäbe sich das absurde Resultat, daß ein Satz Recht durch das Volk würde, obwohl das Volk selbst ihn aus Achtung vor dem gegebenen Recht nicht übt.

Sieht man aber auch die Uebung als ein konstitutives Erforderniß des Gewohnheitsrechts an, so bleibt doch immer die Seltsamkeit übrig, daß ein Satz durch die Volksüberzeugung Recht wird, ehe das Volk (das den Satz ja bloß für gerecht, nicht für Recht hält) selbst irgend eine Ahnung davon hat..

Ueberhaupt bleibt aber, ob man die Uebung nun als Erkenntnißquelle oder als Entstehungserforderniß betrachte, ganz unerklärt, warum die durchgängige Ueberzeugung, daß ein Satz Rechtssatz sein sollte, ihn zum Rechtssatz zu machen

fähig sein soll. Das ist eben nichts als eine Behauptung. Recht und Gerechtigkeit, Recht und Moral oder Sittlichkeit, Recht und Zweckmäßigkeit berühren, ja decken sich zwar vielfach, sind aber doch an sich und grundsätzlich verschieden und werden auch überall als verschieden aufgefaßt. Wie soll es nun kommen, daß sich hier plötzlich beides identificirt? Mir scheint eine weitere Kritik dieser Ansicht garnicht möglich, denn sie hat gar keine Gründe, die sie für sich geltend macht.

Ebenso steht es aber mit der Theorie, daß die Gesammtüberzeugung, ein Satz sei Recht, die Kraft haben soll, sei es an für sich, sei es wenn sie geübt ist, Recht zu schaffen, das vordem nicht war. Meinungen, seien sie auch Volksmeinungen, sind nicht Recht sondern eben nur Meinungen über das Recht, die daher als solche nicht binden.

Gerade die Parallele mit dem Gesetz, die so oft gemacht ist, beweist schlagend gegen diese Theorien. Denn auch das Gesetz bindet nicht deshalb, weil es etwa Ausdruck einer allgemeinen Rechtsüberzeugung ist. Recht im Sinne der Juristen, positives Recht ist etwas durch die autoritäre Form seines Daseins allein, gleichgiltig ob sein Inhalt der allgemeinen Rechtsüberzeugung entspricht oder nicht. Letztere ist Quelle für das zu schaffende Recht, für das seiende ist sie es nicht. Daß auf den Gesetzgeber die im Volk verbreiteten Ansichten über das, was Recht und Gerechtigkeit sei, oft von Einfluß sind, oft sogar (freilich nicht immer) von Einfluß sein sollen, bestreitet Niemand: aber alles das liegt nur in der Vorgeschichte des gesetzgeberischen Willens, es ist eine der Ursachen, die ihn bilden; es kann ihm Richtung und Inhalt geben; aber das, was den Satz zum Rechtssatz macht, ist erst dieser gesetzgeberische Willensakt selbst. Und so bestimmt auch beim Gewohnheitsrecht, wie schon Stahl[178]) sehr richtig bemerkt hat, das Volksbewußtsein niemals die Geltung sondern nur den Inhalt des Rechts, und auch diesen, wie man hinzusetzen muß, nicht immer sondern nur vielfach.

Wenn also Puchta und Savigny den Satz, daß die

178) S. 240 fg.

allgemeine Rechtsüberzeugung die Quelle des Rechts sei, ihrem ganzen Gedankenbau zu Grunde legten, so bedurfte es gerade dafür einer ganz eingehenden Begründung. Diese ist aber in Wahrheit nie gegeben, ja sogar kaum versucht. Man kann namentlich in dem von Puchta [179]) und Savigny [180]) ausgesprochenen Theorem, daß die allgemeine Rechtsüberzeugung Aeußerung und Erzeugniß des Volksgeistes sei, einen solchen Versuch kaum finden. Denn wollte man diesen Gedanken auch adoptiren, so wäre doch noch nicht erklärt, warum der Volksgeist unmittelbar geltendes Recht soll produziren können. Auch im Gesetz erscheint nicht der Volksgeist sondern der Geist des Gesetzgebers, der zwar Träger des „Volksgeistes" aber auch demselben feindlich sein kann und trotzdem Recht schafft: der Volksgeist könnte den Inhalt aber niemals die Geltung irgend eines Rechtssatzes bestimmen.

Zudem überzeugt man sich rasch, daß diese Zurückführung auf den „Volksgeist" kaum mehr als eine Ausdrucksänderung ist. Macht man mit diesem Begriff Ernst, wie man es im Sinne Puchtas und Savignys muß, so wird man unter ihm nicht bloß die Summe der vorhandenen „Lebensverhältnisse, Bedürfnisse und Charakteranlagen" des Volks verstehen [181]), sondern man wird ihn wirklich als das auffassen, als was man ihn nennt, als ein einheitliches psychisches Wesen; wie aber die Thätigkeit der Seele doch nicht in etwas außerhalb der seelischen Vorgänge und Zustände, etwa in einem „Erzeugen" derselben, sondern eben in diesen Vorgängen und Zuständen selbst besteht, so kann auch der Volksgeist nicht ein erzeugender Faktor über der Volksüberzeugung sein, sondern ist lediglich der Träger dieser Ueberzeugung; spricht man vom Volksgeist in Bezug auf rechtliche Dinge, so meint man nichts Anderes als eben die rechtliche Ueberzeugung selbst [182]), und

179) I. S. 3 (133 ff.) 138 fg.

180) S. 14 fg., 17, 19, 24, 56. Die Späteren haben diesen Begriff adoptirt: s. z. B. Beseler, Volksrecht S. 77, Zoll in Iherings Jahrbüchern XIII. S. 416. S. auch Dahn, Rechtsphilosophische Studien S. 240 unten.

181) Wie Adickes S. 3 will.

182) Ganz deutlich bei Puchta, z. B. I. S. 144 Z. 6, 7 v. u.,

die Frage bleibt nach wie vor: warum ist der Inhalt dieser Ueberzeugung ohne Weiteres Recht? In Wirklichkeit ist dieser Satz für Puchta und Savigny und ihre Anhänger lediglich ein Axiom; sie beginnen ganz assertorisch mit dieser petitio principii [183]), auf der sie dann die gesammte Lehre aufbauen. Ja Puchta lehnt sogar die Frage selbst als ungehörig sehr energisch ab [184]), sie sei „eine Frage, auf welche sich keine Antwort geben läßt“ [185]); „in der That kann, sagt er, gar nicht die Frage entstehen, ob und aus welchem Grunde das Gewohnheitsrecht giltig sei? denn es läßt sich keine andere Antwort darauf geben als die: das Gewohnheitsrecht besteht und gilt aus dem Grunde, aus welchem Recht überhaupt gilt“ — ich bemerke, daß Puchta eben auch diesen allgemeinen Grund durchaus nicht erörtert hat — „ferner aus dem Grunde, aus dem es eine allgemeine Volksüberzeugung gibt, aus dem Grunde endlich, aus welchem überhaupt Völker existiren“ [186]). Das sind eben Alles nur Umschreibungen, und zwar nicht sehr präziser Art, für die eine anfängliche Behauptung: das Recht gilt, weil es Volksüberzeugung ist.

Auch die späteren Anhänger der Ueberzeugungstheorie haben, von wenigen Ausnahmen abgesehen, die ich später (XIV) besprechen werde, eine Begründung des Fundamentalsatzes, auf dem ihre ganze Theorie ruht, nicht gegeben: sie bleiben alle bei jener Behauptung selbst stehen.

XIII. 3) e. Fortsetzung. Die möglichen Standpunkte.

Die vorstehende Kritik bedarf der Ergänzung durch einige allgemeine Bemerkungen über die wissenschaftlichen Standpunkte, von denen aus Puchtas und Savignys Theorie

---

I. S. 138, das Recht sei eine „Thätigkeit oder Richtung“ des Volksgeistes; bald läßt er das Recht aus der Rechtsüberzeugung, bald direkt aus dem Volksgeist hervorgehen: I. S. 144 u. S. 147 Abs. 1.

183) Vgl. Puchta, I. S. 78, 79, 141, 142. Savigny, § 7, § 12. Böhlau, S. 269. Brinckmann, Gewohnheitsrecht S. 4.

184) Ebenso Böhlau, S. 324.

185) I. S. 83—84.

186) I. S. 180 fg., vgl. auch Pandekten § 11 a. E.

zu begreifen ist. Indem die relative Berechtigung dieser Standpunkte aufgezeigt wird, soll sich zugleich ergeben, daß sie gerade für diese Lehre falsch gewählt sind.

Wie die Vorstellung der Romantiker vom Volkslied und Volksepos, so hat auch die Theorie von der Volksüberzeugung als Quelle des Rechts ein gewisses Gemüthsferment in sich, das ihr vielleicht mehr Anhänger zugeführt hat und jetzt noch sichert, als ihr rationeller Werth. Nur mit innerem Widerstreben wird man sie daher aufgeben, und die Resultate der vorhandenen Kritik werden Manchem, der ihre Richtigkeit anerkennt, doch wenig sympathisch erscheinen. Die Idee einer allgemeinen Rechtsüberzeugung wurde als unklar und in sich widerspruchsvoll ganz zurückgewiesen, das Recht ist gelöst worden von dem Boden, auf dem man es gerne stehen sah: dem Boden des nationellen Rechtsbewußtseins; es scheint damit zu einem rein willkürlichen Produkt des Zufalls und der Laune degradirt zu sein; die ganze Anschauung erscheint unbefriedigend und der Würde ihres Gegenstandes nicht angemessen [187]).

Solch Urtheil verwechselt indeß, wie ich glaube, zwei verschiedene Standpunkte, die man vielleicht bezeichnen könnte als die der formell-juristischen und der materiell-philosophischen Betrachtung, eine Verwechslung, die auch sonst häufig genug ist. Die materiell-philosophische Betrachtung gibt an, welche Stelle im System der gesammten Welt irgend eine Erscheinung einnimmt, welches ihre treibende innerliche Bedeutung und ihr, gegenüber den Zufälligkeiten ihrer endlichen Verwirklichung wesenhaftes Dasein ist. Diese Betrachtung gibt daher auch vielfach anstatt einer Beschreibung der realen Erscheinung das Ideal dieser Erscheinung an. So, um ein öfter gebrauchtes Beispiel zu wiederholen, wenn die Ehe bestimmt wird als consortium omnis vitae, viri et mulieris conjunctio individuam consuetudinem vitae continens. Dieß *soll* die Ehe sein, dieß ist ihre Idee und Bestimmung, und weil sie dieß sein kann und

187) Lehrreich ist, was Puchta, I. S. 153 fg. über A. W. von Schlegel, und was dieser selbst in den Heidelberger Jahrbüchern der Literatur VIII. (1815) S. 722 ff. sagt; Puchta geht weit über ihn hinaus.

ſoll, halten wir ſie hoch und heilig und ſtatten ſie mit reichen Rechtsfolgen aus. Stellt man ſich aber auf den formell-juriſtiſchen Standpunkt, ſo finden ſich — eben weil das Recht eine ſich an Aeußerliches haltende Ordnung iſt und nur ſein kann, viele Verhältniſſe, die der Juriſt als Ehen anſehen muß, ohne daß ſie jener ſchönen Charakteriſtik irgend entſprechen, und andererſeits manche der letzteren entſprechende Verhältniſſe, die er doch nicht als Ehen betrachten darf. Einer rein juriſtiſchen Unterſuchung wegen ſolcher formal-logiſchen Betrachtungsweiſe Vorwürfe zu machen, iſt nichts als ein derbes Mißverſtändniß der Aufgabe dogmatiſcher Jurisprudenz.

Ebenſo verhält es ſich nun auch mit der Frage, die hier ſpeziell zur Verhandlung ſteht. Man darf den inneren Weſensgehalt des Rechts nicht mit der empiriſchen Erſcheinung, welche durch die Zufälligkeiten des Wirklichen bedingt iſt, verwechſeln. Deßhalb möge man auch die vorausgegangenen juriſtiſch-formalen Auseinanderſetzungen nicht mißverſtehen; ich vertrete nicht einen Standpunkt des reinen Materialismus, ich ſpreche hier nicht ab über die Möglichkeit einer wiſſenſchaftlichen Verwendung des Begriffs „Volksgeiſt", über die Wirklichkeit des Begriffs „Staats" u. dergl.; ich halte feſt daran, daß es reale Exiſtenzen gibt, welche durch eine Vielheit von Einzelnen gebildet werden und doch etwas Anderes ſind als die Summe dieſer Einzelnen [188]); ich halte auch für eine Beobachtungsthatſache, daß ſich aus dem Zuſammenſein mehrer Einzelnen Erſcheinungen entwickeln können, welche ſich nicht befriedigend durch die Summirung deſſen, was dem Einzelnen möglich iſt, ergeben, aber ich habe es hier mit derartigen philoſophiſchen Dingen nicht zu thun; es kommt hier nicht darauf an, eine Philoſophie des Rechts zu liefern, ſondern lediglich darauf, Merkmale anzugeben, nach denen der

188) Mit dieſer Bemerkung beabſichtige ich nicht etwa, die Konſtruktion der juriſtiſchen Perſonen, die ich einſt (1873) aufgeſtellt, zu ſalviren. Daß ich ſchon damals die Vorſtellung eines Geſammtwillens nicht bloß gläubig hinnahm, ſondern eine theoretiſche Rechtfertigung, eine rationelle Erklärung wenigſtens verſuchte, bildet eine Brücke zu den vorliegenden Unterſuchungen.

Richter erkennen kann, ob ein Satz zu den von ihm anzuwendenden Rechtssätzen gehört, und die formellen Bedingungen zu erörtern, welche einen Satz, möge er einen Inhalt haben welchen er wolle, möge er noch so ungerecht, noch so unzweckmäßig, noch so sehr verbreiteten Anschauungen im Volk entgegen sein, zu einem Rechtssatz machen. Auf diese Fragen ist aber eine formal-juristische Antwort erfordert. Eine dauernde Entzweiung freilich zwischen den etwa herrschenden Ueberzeugungen über das was Recht sein sollte und dem positiven Recht ist unmöglich; entweder gewinnt letzteres durch die Wucht seines Bestehens Einfluß auf jene Ueberzeugungen und modelt sie sich gemäß um, oder jene Ueberzeugungen bewirken eine Aenderung des Rechts auf dem Wege der Gewohnheit oder durch Beeinflussung des Gesetzgebers. So kommt es, daß für den, der nur die großen Züge der Entwicklung betrachtet, das positive Recht und die Volksüberzeugung in Einklang zu sein scheinen. Wer auf der Höhe geschichtsphilosophischer Betrachtung steht, sieht die Dinge klein, ihm schließt sich das Auseinanderstehende zu Einheiten und ganzen Gestalten zusammen, die kleinen trennenden Risse übersieht er; ihm mögen auch die Völker als Individualitäten mit ausgeprägtem Volksgeist erscheinen, er sieht — eben weil er nur das Große und Ganze sieht —, daß jedes Volk sich sein Recht erzeugt, dessen es bedürftig und fähig ist; von dieser Höhe herab verschwindet die Handlung des einzelnen Gesetzgebers als eine Zufälligkeit in der Zeit mit all der Willkür, die ihr eben als der Handlung eines Einzelnen in der Wirklichkeit anhaften kann, und das Recht wird nicht mehr durch ihn gemacht, abhängig von seiner Individualität, sondern „es entsteht", durch seine eigene Kraft und Idee, deren Träger nur und Werkzeug der einzelne Gesetzgeber ist. Zu anderem Resultat aber führt die Betrachtung in der Nähe. Sobald man sich auf die Erforschung dessen einläßt, was in einem einzelnen gegebenen Moment positives Recht im Einzelnen ist, treten Volksüberzeugung und positives Recht sofort sichtbar auseinander. dann sieht man, daß viele Rechtssätze da sind, die dem „Volksgeist" durchaus nicht entsprechen, oder so gleichgiltigen Inhalt

haben, daß sie mit ihm nicht in Verbindung zu bringen sind. Hier kommt es auch darauf an, die realen Ursachen aufzufinden, die den einzelnen Rechtssatz, den gerechten wie den ungerechten, den zweckmäßigen wie den unzweckmäßigen hervorbringen.

Die Puchta-Savigny'sche Theorie läßt beide Betrachtungsweisen ineinander übergehen; ich sehe darin die eine der beiden Fehlerquellen, welche für die ganze Theorie bestimmend geworden sind.

Die andere und noch wichtigere sehe ich in Folgendem — und vielleicht wird mit Erkenntniß dieser anderen Fehlerquelle der Ausgleich der Meinungen etwas erleichtert. Puchta und Savigny mischen in ihrer Betrachtung zwei ganz verschiedene Epochen der Rechtsbildung, demnach auch zwei ganz verschiedene Dinge als Objekte der Betrachtung zusammen. Beide Objekte tragen denselben Namen des Gewohnheitsrechts, und man wird gegen diesen Namen nicht viel einwenden dürfen, wenn die Verschiedenheit des unter diesem einheitlichen Namen Gedachten in sich nicht vergessen wird.

Die Frage, wie das Recht entsteht, verlangt eine verschiedene Antwort je nach der Zeit, für welche man diese Frage stellt.

Man kann die Frage im Sinn der historischen oder richtiger prähistorischen Völkerpsychologie nehmen: wie entstehen ursprünglich und in der Kindheit der Völker die Rechtssätze?

Es existirt vielfach die Neigung, bei der Konstruktion des Rechts von Adam und Eva anzufangen und zu schildern, wie nun das allererste und anfänglichste Recht entsteht; oft wird der einzelne Mensch dabei gänzlich als Atom betrachtet, als ein beziehungsloses Wesen für sich, und von ihm aus wird dann die ganze gesellschaftliche Welt aufgebaut, während dieß doch zweifellos ein lediglich supponirter Zustand ist: wir kennen den Menschen in keiner Weise als Atom, sondern immer nur als gesellschaftliches Wesen und haben gewichtige Gründe zu zweifeln, ob er jemals in einem anderen als einem gesellschaftlichen Zustande existirt hat.

Die wahrhaft interessanten und wichtigen Aufgaben der

Rechts- und Sozialphilosophie beziehen sich jedenfalls durchaus nicht auf jene uranfängliche Bildung, sondern auf den heute vorhandenen sozialen und Rechts-Zustand. Nur hier ist eine wirklich wissenschaftliche Methode möglich, dort nicht, denn nur hier haben wir ein sicheres Material, welches wir durch empirisch-psychologische Beobachtung festzustellen vermögen und dann zu deuten haben; dort bleibt uns nichts als völkerpsychologische Spekulation; nur hier sind daher auch Resultate von wirklich wissenschaftlichem Werth möglich, dort nicht, hier handelt es sich um ein Erkennen und Wissen, dort um ein Rathen und Träumen.

Denn die anfängliche Geburt, ja selbst die Kindheit des Rechts liegt weit jenseits aller historischen Zeit. Uns treten in der Geschichte überall nur Völker mit bereits entstandenen fertigen Rechtssätzen entgegen. Jene älteste Bildungsepoche ist uns also verschleiert, historischer Methode ist sie unzugänglich; die Rechtsvergleichung führt soweit nicht zurück; eine rationelle empirische Beobachtung bei den heutigen Völkern niederster Kulturstufe würde wohl einige Resultate ergeben, ist aber noch nicht gemacht, wahrscheinlich überhaupt nicht zu machen. Wir sind hier auf Rückschlüsse, Analogien, Spekulationen angewiesen. Daher ist im Großen wie im Detail, man darf getrost sagen, Alles unsicher. Nur zu einigen sicheren Sätzen allgemeinster Natur ist man bereits gelangt. Man stellt sich heutzutage nicht mehr vor, daß die Menschheit mit einem festen Schatz bewußter Vorstellungen gleich anfangs in die Entwicklung eingetreten sei, sondern man denkt letztere als ein allmähliches Sichherausarbeiten aus dem — bis auf diesen Tag noch nicht ganz überwundenen und, solange es Menschen gibt, nie ganz zu überwindenden — Unbewußten in das Bewußte. Diese Arbeit dauert länger für das eine, kürzer für das andere Gebiet. Wir haben Gründe genug anzunehmen, daß sie für das Recht sehr lange dauert. Der Begriff des Rechts in seiner individuellen Unterschiedenheit von anderen Normen-Komplexen tritt erst verhältnißmäßig spät in die Geschichte des geistigen Lebens ein. Es ist hier nicht der Platz zu untersuchen, wie sich Recht und Religion zu einander verhalten, wie sie viel-

fach erſt langſam auseinander treten. Auch von den ſittlichen Normen mag man abſehen; Recht und Sitte jedenfalls haben wir uns als durchaus ungeſchieden und einheitlich in der Kindheit der Völker zu denken: es iſt nicht einmal korrekt, wenn man von einem Werden der Sitte zum Recht ſpricht; man dürfte vielmehr nur von einer allmählichen Entzweiung des einheitlichen Normenkomplexes in Normen des Rechts und in Normen der Sitte reden, alſo von einem allmählichen Auseinandertreten und Unterſchiedenwerden Beider.

Ich behaupte nun, daß dieſe Zeit die Grundlage für die Konſtruktionen der hiſtoriſchen Schule gebildet hat: für dieſe Zeit ſind viele der Puchta-Savigny'ſchen Sätze und Beſchreibungen, ich ſage nicht: zutreffend, aber wenigſtens denkbar. Die Puchta'ſche Idee, daß bereits die innere Ueberzeugung ſelbſt Recht ſei, iſt ganz abſolut unbegreiflich, wenn man ſie als primär für unſere Zeit gedacht anſieht: ſie iſt nur verſtändlich, wenn man als Beobachtungsfeld jene Kindheitsepoche der Völker denkt. Damals war der Schmerz des Widerſpruchs zwiſchen dem was Recht iſt, und dem was Recht ſein ſollte, noch nicht in die Welt gekommen: beides fließt noch völlig ineinander; der Gedanke, ſo zu handeln ſei zwar nicht Recht aber doch gerecht, konnte nicht auftreten, und zwar deshalb nicht, weil überhaupt ein Gedanke des Rechts nicht da war.

Für dieſe Epoche iſt eine innere Rechtsüberzeugung, wenn man darunter nichts weiter als ein inſtinktartiges Gefühl verſteht, möglich; die „Ueberzeugung" in dieſem Sinn wird auch eine „allgemeine" genannt werden können: denn die Verhältniſſe ſind ſo ſehr einfach, ſo wenig komplizirt, die individuellen Verſchiedenheiten des Berufs und der Bildung ſo gering, der Verkehr der Einzelnen mit einander ſo eng, daß ſich nothwendig bei allen denen, die überhaupt in Betracht kommen, eine gleichförmige Handlungsweiſe bilden wird: auf gleiche und ſich Jedem gleichmäßig bietende Anläſſe reagirt das individuell nicht viel verſchiedene Gefühl in gleicher Weiſe. Für dieſe Periode ferner iſt die Frage ſinnlos, ob das Recht Recht ſei erſt durch die Uebung oder ſchon allein, weil es in

der allgemeinen Rechtsüberzeugung lebe; es gibt noch kein Recht als bewußten Normenkomplex, wie sich die Normen der äußeren Ordnung an den Thatsachen, in der Uebung bilden, so bethätigen sich auch die Instinkte sofort in Handlungen; über allgemeine Maximen, denen man beim Handeln folgt, wird überhaupt nicht reflektirt: die freie Farbe der Entschließung ist die Farbe jener jugendlichen Welt.

Bekanntlich hat Ihering [189]) der Puchta-Savigny'schen Schilderung der organischen Rechtsentstehung gegenüber mit Energie betont, daß auch in der Urzeit alles objektive Recht im Kampf entstanden ist. Die obige Darstellung widerspricht dem nur scheinbar. Auch ich glaube, daß mit dem ersten bewußten Rechtssatz auch der Kampf da ist; mit der Reflexion darüber, daß ein Satz Rechtssatz sei, ist auch ein Abwägen der durch ihn berührten Interessen und ein Kampf dieser Interessen gegeben. Ich meine aber, daß dieser Zeit des bewußten Rechts, für welche gewiß Iherings Schilderung und nicht die Savignys und Puchtas zutrifft, eine Zeit vorausgeht, in der Recht und Sitte sich einheitlich und instinktmäßig, und gerade deßhalb ohne Kampf entwickeln, wie auch in späterer Zeit noch die „Sitte" im Ganzen kampflos entsteht.

Ob man für jene ältere Epoche bereits von „Recht" sprechen will, ist schließlich eine Wortfrage; das Handeln beherrschende Normenkomplexe, die auch als solche gewußt werden, gibt es gewiß; aber von einem eigentlichen „Recht" kann man doch erst da sprechen, wo das Bewußtsein die Normen des Rechts, denen der Sitte und Sittlichkeit gegenüber als etwas selbständiges aufzufassen beginnt, eigentliches Recht ist erst mit dieser Unterscheidung da. Dann aber ist auch jener Zustand friedlichen Hervorwachsens zu Ende. Die Verhältnisse werden komplizirter, die Gemeinschaften größer, die Verschiedenheiten zwischen den Individuen entscheidender. Jetzt ist wahres Gewohnheitsrecht möglich, aber sofort reicht auch

189) Kampf ums Recht. 3. Aufl. S. 22—35. Gegengründe bei Dahn, Rechtsphilosophische Studien S. 271—278.

diese naive Rechtsproduktion nicht mehr aus. Mit der Reflexion über das Recht beginnt erst das Recht seine selbständige Existenz, beginnt aber auch die zielbewußte Thätigkeit des Gesetzgebers; ich halte es für völlig zweifellos, daß das wahre Gewohnheitsrecht im obigen Sinn nie und nirgends vor dem Gesetzesrecht existirt hat: mit dem Recht selbst sind sofort auch gleichzeitig seine beiden Quellen gegeben. Ich bemerke nur noch, daß alle wirklich wichtigen Sätze des älteren Rechts, wie sie z. B. Jhering, Kampf S. 34 anführt, meines Erachtens erst aus dieser Zeit stammen, und wiederhole noch einmal, daß wir aus jener älteren Zeit garnichts sicher wissen, und daß auch das hier gezeichnete allgemeine Bild nur eine Rekonstruktion aus psychologischen Vermuthungen ist. Heute indeß stehen wir vor der zweifellosen Thatsache, daß die Gesetzgebung fast alles Recht, die Gewohnheit nur noch weniges produzirt. Wir stehen vor ferneren unleugbaren Thatsachen: Recht und Sitte sind als scharf unterschieden aufgefaßt; zwischen dem, was Recht ist, und dem, was Recht sein sollte, wird eine mehr oder minder tiefe Kluft empfunden, daher ist die Ueberzeugung gerecht zu handeln nicht überall zusammenfallend mit der Ueberzeugung dem Rechte gemäß zu handeln; ein gleichförmiges Rechtsgefühl existirt nicht mehr; das Recht lebt nicht mehr im Bewußtsein der Menge — es ist viel zu komplizirt, viel zu stoffreich dazu —, eine gemeinsame Rechtsüberzeugung Aller ist heute ein Unding, eine Fiktion, denn Tausende und Abertausende wissen von den eingreifendsten Rechtssätzen nichts; und nur das weiß Jedermann, daß das Recht eine Autorität über ihm ist, daß daher seine eigene Ueberzeugung noch nicht Recht sei; die Bildung und die Berufskreise, die Anschauung über alle Fragen der Sittlichkeit, Religion und Volkswohlfahrt gehen so weit auseinander, daß von inhaltlich gleichartigen Interessen des Volks und demnach von einem einheitlichen Rechtsbewußtsein des Volks heute noch zu reden eine wahrhaft maßlose Naivetät ist — man sehe doch nur die ungeheuren Interessenkämpfe unserer Zeit auf dem Gebiete der Gesetzgebung! Alles das sind ganz unbestreitbare, einfach zu beobachtende Thatsachen — und für diese unsere Zeit, von

der wir allein wissen, muß denn auch eine andere Art und Weise der Rechtsentstehung behauptet werden, als für jene Zeit, von der wir übrigens nichts wissen. Wenn sich die wichtigsten inneren und äußeren Faktoren geändert haben, kann auch das Facit nicht dasselbe geblieben sein.

Während es sich nun auch von selbst versteht, daß für jene älteste Zeit eine Frage nach den Erfordernissen des Gewohnheitsrechts unsinnig wäre, müssen wir heutzutage bestimmte Kriterien haben, nach denen wir beurtheilen können, ob ein Satz Rechtssatz sei oder nicht; wir müssen deshalb auch eine Theorie der Erfordernisse des Gewohnheitsrechts haben. Wir können für unsere Zeit mit allgemein gehaltenen Beschreibungen über die Art, wie Recht werde, nichts anfangen: decidirter klarer faßbarer Sätze bedarf die Praxis; solche muß ihr auch die Theorie liefern.

XIV. 4) Fortbildung der bisherigen Lehre.

Die Grundgedanken der Puchta-Savigny'schen Gewohnheitsrechtslehre sind in den wesentlichsten Punkten, insbesondere auch bezüglich der Frage nach dem Grunde der bindenden Kraft des Gewohnheitsrechts, noch heute herrschend.

Die mitgetheilten Entscheidungen des Reichsgerichts zeigen aber, wie tief diese anscheinend nur theoretisch interessante Frage in das unmittelbare praktische Leben eingreift. Was dem rein wissenschaftlichen Interesse nicht gelang, wird jetzt vielleicht dem anpochenden Bedürfniß der praktischen Rechtsanwendung gelingen: eine erneute Durchprüfung der Grundlagen der Gewohnheitsrechtslehre von mehreren Seiten her hervorzurufen.

Vieles von den vorgetragenen kritischen Gründen ist allerdings schon seit langer Zeit bemerkt worden; man hat daher versucht, im Rahmen der Lehre der historischen Schule dem äußeren Momente der Uebung, dessen Wucht man fühlte, wieder mehr zu seinem Rechte zu verhelfen. Abgesehen davon, daß die überwiegende Mehrheit der Neueren die Uebung des Gewohnheitsrechtssatzes als Form oder gar Erforderniß seiner

Entstehung anerkennt, wird auch jetzt, was noch eingreifender ist, soviel ich sehe überall [190]) zugegeben, daß die thatsächliche Uebung eines Rechtssatzes die erforderliche allgemeine Rechtsüberzeugung hervorrufen könne.

Manche geben dieß nur bei gewissen Arten von Rechtssätzen (z. B. ins Einzelne gehenden Bestimmungen) zu [191]), Andere behaupten, daß die Rechtsüberzeugung immer so entstehe [192]) oder wenigstens so entstehen könne [193]), wobei sie aber doch an dem Erforderniß des allgemeinen Rechtsbewußtseins festhalten [194]).

---

190) Vgl. Adickes S. 34 Nr. 1.

191) Sehr leise Andeutungen hieran wohl schon bei Puchta II. S. 8, 9 (vgl. dazu Savigny S. 36 N. a; Sintenis § 3 N. 10; Mühlenbruch in Glücks Kommentar XLI., S. 12 N. 29), scharf dagegen freilich Puchta I. S. 170 und sonst oft.

Sodann: Savigny S. 35 u.—36 ob., S. 16, 32; Vangerow, Pandekten I. § 14 Anm. Nr. 3.

192) Kierulff § 2.

193) Beseler, Volksrecht S. 76—78, System 3. Aufl. § 33, § 16 (er hält dieß freilich für eine „Entartung", Volksrecht S. 77, System I. S. 45); Sintenis I. § 2 N. 2, § 3 N. 8, 9, S. 25; Mühlenbruch, Pandektenrecht, 3. Aufl. I. § 38; Stobbe, Handbuch I. (1. Aufl.) S. 131; Wächter, Pandekten I. S. 107; Regelsberger, kritische Vierteljahrsschrift IV. S. 345 Abs. 1. Böhlau S. 326 fg. Stahl S. 257? Hofmann in Grünhuts Zeitschrift I. S. 299 a. E.

194) So Alle in den beiden vor. Noten Citirten, auch Beseler, was Adickes S. 51 zu übersehen scheint. Ueberhaupt sind Beselers Ansichten öfter mißverstanden worden, und ich referire sie deshalb hier kurz. Im Wesentlichen ist er bezüglich der hier interessirenden Grundfragen über die Puchta-Savigny'sche Theorie nicht hinausgegangen. Nur hält er die thatsächliche Uebung überall für ein nothwendiges Entstehungserforderniß (öfter verkannt, z. B. von R. Schmid, Richters Jahrbücher 1844, S. 393; schwankend freilich noch im „Volksrecht", s. S. 63 a. E., 76 fg.; S. 80 aber heißt es schon: das Volksrecht bedürfe immer einer, wenn auch oft nur kurzen Zeit, um sich auf dem Grunde der Sitte und der Lebensverhältnisse zum eigentlichen Rechte zu kondensiren ꝛc.; ganz decidirt für die Uebung System, 3. Aufl. I. S. 46, 77, 89, 91, 95); sodann stellt er neben das Volksrecht als zweite Art des Gewohnheitsrechts noch ein eigenthümliches Juristenrecht — von dieser hauptsächlichen Differenz können wir mit Rücksicht auf unsere Aufgabe hier absehen; endlich unterscheidet er sowohl im Volks-

Eine einschneidendere und sehr werthvolle Kritik an den Grundlagen der historischen Lehre übten R. Schmid [195]) und Ernst Meier [196]). Daß in der Personifizirung des Volksgeistes eine unerlaubte Hypostase liege [197]), daß das Volk als solches niemals dadurch, daß es etwas für Recht halte, es zum Recht machen könne [198]), hat R. Schmid in aller Schärfe

---

recht wie im Juristenrecht das eigentliche Volks- bezw. Juristenrecht und das Herkommen (Herkommen im Volksrecht: System S. 45, 77, 89 ff., Volksrecht S. 76—78; Herkommen im Juristenrecht: System S. 77, 96 oben). Beide haben das Gleiche, daß für sie beide Uebung erfordert ist; diese Uebung muß aber beim Herkommen ein längere als bei jenem, eine inveterirte sein (System S. 77, 91, 96 gegenüber S. 79—80, 96); daher auch ein Unterschied in den Erkenntnißmitteln: das wahre Volksrecht kann vor Allem „unmittelbar beobachtet", durch „Anschauung der Rechtsverhältnisse" erkannt werden (System S. 83 ff., 91. Volksrecht S. 117 ff.), das Herkommen wird besonders durch die lange Dauer der Uebung erkannt (System S. 91). Worin liegt der begriffliche Unterschied zwischen beiden? Nicht darin, daß für das Herkommen kein Rechtsbewußtsein des Volks bezw. der Juristen erfordert sei, vielmehr betont Beseler auch für das Herkommen dieß Erforderniß ausdrücklich (öfter verkannt, s. den Anfang dieser Note; mißverständlich vielleicht noch Volksrecht S. 77, aber s. schon ebenda S. 80 und dann System S. 78 oben, 89, 91); nur hat dieß Rechtsbewußtsein in beiden Fällen eine verschiedene psychologische Ursache (System S. 91): beim Herkommen bildet es sich erst durch die längere Uebung (System S. 89); beim wahren Volksrecht hingegen entspringt es mit innerer Nothwendigkeit „unmittelbar im Volk, aus dem Geiste des Volks" (Volksrecht S. 77); das Rechtsprinzip „ruht in den Verhältnissen, mit deren Anschauung es als eine nothwendige Folge in das Bewußtsein des Volkes übertritt und von ihm nun als Recht geübt wird" (System S. 79; s. ferner Volksrecht S. 64, 109 und System S. 44 fg., 78 fg.; analog für das Juristenrecht S. 96 oben). Dieß ist vollständig der mystische Puchta-Savigny'sche Begriff.

195) Besonders in seinem gedankenvollen Buch „Theorie und Methodik des bürgerlichen Rechts" 1848, S. 167 ff., schon vorher in einer Recension von Beselers Volksrecht, in Richters kritischen Jahrbüchern Jahrg. 8, Bd. 15, S. 385 ff. 1844.

196) Die Rechtsbildung in Staat und Kirche 1861, S. 1—37. Ueber seine positiven Aufstellungen s. oben N. 43, über seine Methode: oben Abschnitt V bei N. 38.

197) Theorie S. 173 fg., 223 fg.

198) Recension S. 397, Theorie S. 216 ff.

dargelegt. In der Verlegenheit, einen anderen Grund der bindenden Kraft des Gewohnheitsrechts finden zu müssen, griff er auf die Gestattungstheorie zurück: specieller Konsens des Gesetzgebers ist nöthig, „die Staatsgewalt ist die einzig mögliche Quelle alles Rechts“ [199]). Bezüglich der Erfordernisse des Gewohnheitsrechts blieb er aber im Ganzen bei der Lehre der historischen Schule stehen: neben der Uebung ist eine allgemeine Rechtsüberzeugung [200]) der Gemeinschaft [201]) erforderlich, wie auch E. Meier (z. B. S. 212) ein „Rechtsbewußtsein“ des betreffenden Trägers der Rechtsbildung erfordert.

Nach ganz anderer Richtung weicht die Dogmenentwicklung ab, welche von Stahl und Kierulff zuerst angeregt, von Bruns, Schwanert, Sturm weitergeführt ist [202]).

Alle diese Schriftsteller stehen mit voller Energie auf dem Boden der historischen Schule, insbesondere ändern sie nicht wie R. Schmid und E. Meier an dem Träger des Gewohnheitsrechts, sondern lassen das „Volk“ als ursprünglich gegebene Einheit bezw. natürliche Volkstheile diesen Träger sein [203]). Erforderniß ist daher auch ihnen neben der freilich

---

199) Theorie S. 236; 235 ff., 239 ff.

200) Davon kommt auch er nicht los; s. z. B. Theorie S. 238, „Rechtsansicht“ u. dergl. S. 239, 245, „Gemeinschaft der Denkweise“ S. 238.

201) Freilich ist ihm diese Gemeinschaft nicht ein einheitliches reales Wesen, sondern nur ein Gedankending; auch bestimmt er sie, abweichend von Puchta und den Anderen, dahin (S. 238): „Subjekt der Gewohnheit ist weder eine natürliche Gemeinschaft (wie das Volk als Naturganzes, die Bevölkerung einer Gegend oder ein bestimmter Stand), noch eine konstituirte . . . Gemeinschaft (wie der Staat, eine Gemeinde oder Korporation), sondern nur eine natürliche Gemeinschaft, sofern sie durch eine gemeinschaftliche gesetzgebende Gewalt gedeckt wird“.

202) Stahl, Philosophie des Rechts II. 1, 1. Aufl. 1833. 4. Aufl. 1870 (danach citirt). Kierulff, Theorie (I.) 1839. Bruns in v. Holtzendorffs Encyclopädie 1. Aufl. 1870 (in dieser Lehre gleichlautend mit der 4. Aufl., 1882, nach der ich citire), Schwanert, Gesetz und Gewohnheit (Rede) 1873. Sturm, der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit 1877.

203) Stahl S. 236; — die einzelnen Menschen nennt er S. 237 „nicht die Urheber sondern nur das Mittel des Gewohnheitsrechts“.

energiſch betonten Uebung ein pſychiſches Geſammtphänomen, das Stahl meiſt als Volksbewußtſein, Kierulff meiſt als Volkswille, Bruns und Sturm als Rechtsgefühl des Volks bezeichnen[204]). Neu eingeführt aber wird in die Lehre vom Gewohnheitsrecht die Idee, daß die Gewohnheit thatſächlich geltendes Recht ſei, und darin eben, daß es dieß ſei, ſeine Macht liege. Bei Kierulff[205]) tritt dieſer Gedanke noch nicht rein und entſchieden hervor, bei Stahl[206]) wirkt vielleicht noch erheblich das Sophisma mit, daß das Recht bindet eben weil es Recht iſt[207]) — d. h.: da wir Recht nur das nennen, was bindet, ſo iſt auch nothwendig wahr, daß das Gewohnheitsrecht uns bindet; gewiß! aber die Frage iſt dann eben: iſt denn das ſog. Gewohnheitsrecht Recht? —, bei Bruns und dieſem folgend bei Schwanert und Sturm[208]) iſt jener Gedanke der beherrſchende geworden: durch die Gewohnheit werde der Rechtsſatz zu einer objektiven idealen Macht im Volke, in ihr objektivire ſich eine Rechtsordnung[209]).

Das bedeutet doch vorläufig nur ſo viel: der betreffende

Kierulff: Volk, Nation S. 6, 7, 8, 9, Menſchheit S. 7. Bruns: „das Volk im Ganzen" S. 398 u. ſ. w. Sturm, Kampf S. 7, 13, 15, 19, 38, 41. Komm.-Del. S. 90, 103.

204) S. oben 74, 78, 86, 111.

205) S. 5, 7—9.

206) Er ſagt, das nationale Bewußtſein beſtimme nur den Inhalt des Rechts (S. 240), der Grund aber ſeiner bindenden Kraft liege „in dem Anſehen des Rechts ſelbſt" (S. 239). „Nicht die nationale Ueberzeugung oder der nationale Wille iſt der Grund der bindenden Kraft des Rechts, vielmehr iſt umgekehrt das Recht der Grund, daß der nationale Wille den Einzelnen und wie er ihn bindet" (S. 239 fg.). In der Gewohnheit übt das Recht ſeine Macht über die Menſchen, ſeine Rechtsſätze gelten durch ſich ſelbſt (S. 237).

207) S. oben Abſchnitt V. N. 39.

208) Rechtsgewohnheit iſt thatſächlich geltendes Recht, die Uebung iſt die äußere Thatſache der Geltung, der Grund der Geltung des Gewohnheitsrechts liegt in ihm ſelbſt, Bruns S. 398, 399, Sturm S. 14; „Gewohnheit iſt die thatſächlich vollzogene Rechtsnorm", ſie iſt alſo nicht Grund (=Urſache) des Rechts ſondern das Recht ſelbſt Schwanert S. 20, Sturm S. 16, 14.

209) Bruns S. 398. Schwanert S. 19. Sturm S. 14.

Satz wird geübt als wäre er Rechtssatz, ihm gemäß ordnen sich thatsächlich die Verhältnisse. Aber daß er wahres Recht wird, d. h. daß er, auch wenn erkannt ist, er sei kein Satz des Gesetzes, doch bindet und von den Richtern angewendet werden soll, das erklärt jene Thatsache nicht. Hier bleibt noch immer ein unüberbrückter Abgrund zwischen Thatsache und Recht. Dieß fühlen die genannten Schriftsteller (außer Sturm) und suchen daher anderwärts einen Grund der Geltung (d. h. der Geltung, die einzig verdient so zu heißen, der formellen Geltung) des Gewohnheitsrechts. Stahl findet ihn in dem Gebot Gottes[210]), Kierulff[211]) und Bruns[212]) aber finden ihn in der Anerkennung und Beschützung vom Staate, in freilich sehr bedingter Weise ebenso auch Schwanert[213]). Nur Sturm[214]) findet lediglich „in der Thatsache der vollzogenen objektiven Rechtsnorm die verbindende Kraft der Rechtsgewohnheit".

---

210) Schwer im Einzelnen zu verstehen. S. 241: die Macht der Weltordnung Gottes ist es, welche das Recht erzeugt und ihm das Ansehen verleiht. „Sie ist der Grund der bindenden Kraft der Gewohnheit, denn sie ist es, die als ein Bewußtsein der Gebundenheit (opinio necessitatis) das Handeln der Menschen bestimmt". „Sein Ansehen hat das Recht in ihm selbst, aber seinen letzten Grund ... in dem Gebot des lebendigen persönlichen Gottes". Das ist ein Glaubenssatz und darum nicht weiter diskutirbar. Indem ich im Uebrigen auf Bierlings klare Ausführungen, juristische Grundbegriffe Kap. II. und III., verweise, bemerke ich nur, daß viele Sätze des Gewohnheitsrechts sich doch auf so gleichgiltige Dinge beziehen (die 500 solidi der großen Schenkung sollen 500 Dukaten sein; die Unterschrift und Siegel der Testamentszeugen! u. dergl.) daß es den Namen des Höchsten unnützlich führen heißt, ihn mit der Bildung derartiger Sätze in Verbindung zu bringen.

211) S. 12—13, mit einer schwer verständlichen Kautel. Vgl. aber dazu R. Schmid, Theorie und Methodik S. 333 ff., Adickes S. 36 N. 19.

212) Ausdrücklich: S. 399.

213) S. 21, ein „wahrhaftes Recht" könne das Gewohnheitsrecht erst dann genannt werden, wenn ihm die Zwangsgewalt des Staats zur Seite trete; diese Anerkennung werde allerdings nie fehlen, denn die Macht der Gewohnheit unterwerfe sich auch den Staat selbst u. s. w.

214) S. 16, 26 fg., 40.

In einer gewissen Verwandtschaft zu diesem Ideenkreis stehen die leider nur zu kurzen Darlegungen Harums[215]), der die Ansichten der historischen Schule mit so schneidigen Waffen bekämpft hat, wie es selten vorher und nachher geschehen ist, und v. Stintzings[216]). Beide Schriftsteller verwenden für die Lehre vom Gewohnheitsrecht den älteren Gedanken, daß Recht und Macht zusammengehören, daß Recht das ist, was thatsächlich als Ordnung herrscht[217]); wie die bindende Kraft des Gesetzes sich aus der Macht erklärt, die es setzt und für seine Verwirklichung eintritt, so erklärt sich in gleicher Weise auch die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts.

In der Ausführung dieses Gedankens gehen beide Schriftsteller jedoch auseinander, weil sie bezüglich der Erfordernisse des Gewohnheitsrechts divergenten Theorien anhängen: Harum verlangt den Willen der Uebenden Recht zu schaffen (s. oben VII. N. 56), v. Stintzing eine rechtliche Ueberzeugung oder Ansicht derselben[218]). Daher sagt der Erstere: wenn in einer Gemeinschaft Mehrere, eventuell auch nur eine „energische Minderzahl", bezüglich der Ordnung eines gewissen Verhältnisses in der Gemeinschaft das Gleiche konstant wollen und für die Durchführung dieses Wollens eintreten, kurz wenn das Wollen dieser Mehreren sich den anderen Einzelwillen als überlegene Macht kundgibt, dann erlangt dieses Wollen Gemeingeltung, d. h. wird Recht (S. 13, 23, 14, 15). Nach v. Stintzing hingegen wird diejenige rechtliche Ansicht des Volkes Recht, „der die Genossenschaft oder das Gericht, von ihr erfüllt, seine Hilfe verheißt und gewährt"; Gewohnheitsrecht entsteht also, wenn der mächtigere Theil des Volks mit seinen Rechtsüberzeugungen den unmächtigen überwindet (S. 12, 11).

---

215) Von der Entstehung des Rechts 1863 (Rede).

216) Macht und Recht 1876 (Rede).

217) Harum S. 9; s. v. Stintzing S. 33: der mächtige Wille setzt das Recht.

218) Doch wohl im Puchta-Savigny'schen Sinne. S. S. 33: „Rechtsgedanke spontan in dem überlegeneren Theile des Volks entstanden".

Gegen Harum entscheidet vor Allem schon was überhaupt gegen die Willenstheorie entscheidet; in der anregenden Gedankenskizze v. Stintzings scheint mir das Hauptproblem doch nur gestreift, nicht gelöst. Was heißt Rechtsüberzeugung? Wer ist der mächtigere Theil des Volks? Läßt sich nicht empirisch konstatiren, daß mindestens in sehr vielen Fällen des Gewohnheitsrechts heute von einem Sichmessen widerstreitender Mächte garnicht die Rede ist? und schließlich: denken wir nicht in dem Begriff der „rechtlichen Geltung" noch etwas anderes, mehres als in dem der „thatsächlichen Geltung"? Ich verweise auch in dieser Beziehung auf die zutreffenden Erörterungen Bierlings, Grundbegriffe Kap. IV.

Ueber die Irrthumsfrage äußern sich die vorgenannten Schriftsteller zum Theil nicht, zum Theil so kurz und schwankend, daß ich ihre Meinung nicht referiren kann[219]); sie müssen konsequenter Weise je nach dem, was sie als näheren Inhalt des von ihnen erforderten psychischen Moments denken, die eine oder andere der Schlußreihen machen, welche oben bei der Besprechung der einzelnen Theorien dargelegt sind.

Auf dem Wege, den die vorgenannten Schriftsteller, von Stahl an, beschritten haben, ist man, wie ich glaube, der Lösung des Problems erheblich näher gekommen. Wie tief indeß auch die Blicke sind, welche sie in das Wesen des Gewohnheitsrechts gethan haben: zu einer befriedigenden Theorie des Gewohnheitsrechts wird man solange nicht kommen können, wie man daran festhält, ein allgemeines psychisches Verhalten des betreffenden Volks oder Volkskreises als Erforderniß des Gewohnheitsrechts anzusehen[220]). Freilich hat von einer

---

219) Stahl S. 239*, 262. Kierulff S. 12. Sturm S. 21 bis 22, 42. Ueber Harum S. 23—24 u. N. 37—38 f. oben N. 56. und 60.

220) Diese Bemerkung trifft die genannten Schriftsteller, soweit sie ihre Theorien überhaupt in genügender Deutlichkeit ausgesprochen haben (— über v. Stintzing wage ich nichts Sicheres zu sagen —), wenn ich von Harum, dessen Willenstheorie unmöglich ist, (s. oben VII, N. 62) und von Schwanert, über den gleich weiter zu reden sein wird, absehe.

solchen Ansicht ausgehend uns Goldschmidt in seinem Handelsrecht [221]) doch eine wirklich befriedigende, ja eine geradezu musterhafte Darstellung der Lehre vom Gewohnheitsrecht im Detail geliefert. Dieser schöne Erfolg war aber nur möglich, weil er seine Darstellung gänzlich unbeeinflußt ließ von seinem Grundgedanken, demzufolge auch das Gewohnheitsrecht auf dem Willen der Gemeinschaft beruht [222]). In konsequenter Verfolgung dieses Grundgedankens wäre er ganz in die Irre gekommen.

Diesen Gedanken von einem psychischen Gesammtverhalten, von einem Willen oder einer Ueberzeugung der Gemeinschaft muß man vor allen Dingen ganz fallen lassen. Es ist anzunehmen, daß Schwanert in dem zuvor besprochenen Schriftchen dieß gethan hat. Indeß hob er gerade diesen Punkt, in welchem der Hauptfortschritt liegen muß, nicht ausdrücklich hervor, und so war seine mehr skizzenhafte Darstellung trotz ihres Werthes nicht im Stande die herrschenden Theorien zu erschüttern [223]). Vielleicht hat sogar schon Savigny — er spricht sich nicht klar darüber aus — für einige Fälle, nämlich Sätze gleichgiltigen Inhalts, wie Form und Zahlbestimmungen, siehe oben Abschnitt XII. 2, das Requisit der allgemeinen Rechtsüberzeugung überhaupt aufgegeben [224]), womit er dann für diese Fälle vollständig die auch hier vertheidigte Ansicht gebilligt haben würde. Thoel hat zweifellos jene Konsequenz für jene Fälle gezogen [225]); nur meint er, daß solche Sätze schon

---

221) 2. Aufl. 1875. § 35.

222) S. 303, vergl. S. 306, s. oben VII. N. 59.

223) Ob auch Zrodlowski, römisches Privatrecht I. 1877, § 3 und 5, hier zu nennen sei, ist mir zweifelhaft, da er selber zu viel zweifelhaft läßt. Manches deutet darauf hin, daß er die Rechtsüberzeugung überhaupt als Erforderniß streicht (z. B. S. 33 Z. 8 fg.), Anderes, namentlich Citate, daß er sie doch in gewissem Sinn beibehält (z. B. S. 16 oben, S. 20 Z. 21—22, S. 20—21, S. 23 Z. 4, 5 von unten, S. 30 Z. 8—12 von unten). S. auch S. 28: „gemeinsame" Uebung d. h. Durchschnittsübung des Volks oder eines kleineren Theils desselben.

224) So scheint es nach System I. S. 36 Z. 5 „Außerdem . . ."; vergl. auch S. 41.

225) Einleitung S. 137. Handelsrecht I. S. 46 fg.; er spricht

durch einmalige Anwendung im richterlichen Urtheil Rechtssätze werden, rechnet sie also nicht mehr zum Gewohnheitsrecht, und selbst der Name Gewöhnungsrecht, den er wählt, ist deshalb nicht bezeichnend.

Sehr bestimmt hat jenen Schritt Adickes in dem energischen und lichtvollen § 5 seiner Schrift über die Rechtsquellen 1872 gethan: ein wissenschaftlicher Fortschritt, der meines Erachtens mehr Anerkennung verdient, als er bisher gefunden hat. Aber Adickes hat sich den Erfolg seines Angriffs gegen die herrschende Lehre selbst zunichte gemacht dadurch, daß er auf der einen Seite zu weit auf der andern Seite nicht weit genug gieng. Zu weit: denn er strich auch für die einzelnen Uebungsakte schlechtweg das Erforderniß der Ueberzeugung des Uebenden, dem geltenden Recht gemäß zu handeln (S. 53, 59); nicht weit genug, denn er erkannte die allgemeine Rechtsüberzeugung, die er selbst so treffend charakterisirt hat (S. 47 fg.), immer noch für manche Rechtssätze als Rechtsquelle an (§ 4), womit denn auch nahe zusammenhängt die These, die ich ebenfalls für falsch halte, daß ein Satz des Gewohnheitsrechts seine Geltungskraft durch eine entgegenstehende allgemeine Rechtsüberzeugung verliert (S. 63). Endlich hat Adickes als weitere subsidiäre Rechtsquelle auch die subjektive Vernunft des Einzelnen hingestellt, und die Unannehmbarkeit dieses Resultats hat gegen die übrigen Resultate seines Buches eingenommen.

Soviel aber ist gewiß: wenn jenes Erforderniß der allgemeinen Rechtsüberzeugung bei einigen Fällen des Gewohnheitsrechts sicher überflüssig ist, dann ist es auch bei allen überflüssig, und wir sind mit Nothwendigkeit zu der einfachen These gedrängt: ein Rechtssatz entsteht dadurch, daß er längere Zeit hindurch da, wo er Anwendung zu finden hatte, auch thatsächlich als Rechtssatz angewendet, geübt worden ist: welche Qualifikation dieser Uebung — insbesondere ob die Ueberzeugung des Uebenden, dem Rechte gemäß zu handeln — erfordert ist,

---

nur von der „den Inhalt des Rechtssatzes nicht treffenden Rechtsüberzeugung, daß ein gleichförmiges Recht besser sei, als ein aus unerheblichen Gründen wechselndes Recht."

bleibt einſtweilen dahingeſtellt: eine allgemeine Ueberzeugung iſt jedenfalls nicht erfordert.

Indeß dieß iſt nur die Thatſache — auf's Neue erhebt ſich auch hier wieder die Frage, warum denn ein in der angegebenen Weiſe thatſächlich geübter Satz wirklich geltendes Recht wird, alſo die Frage nach dem ſog. Grunde der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechts. Dieſe Frage verallgemeinert ſich ſofort dahin, welches denn der ſog. Grund der verbindenden Kraft des Rechts überhaupt ſei.

Ich will im Folgenden wenigſtens verſuchen anzugeben, wie ich mir die Behandlung und Löſung dieſer Grundfrage denke.

XV. Der ſog. Grund der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechts.

Welchen Sinn hat die Frage nach dem Grunde der verbindenden Kraft des Rechts? Schon oben im Abſchnitt V wurde es als Tautologie bezeichnet, davon zu ſprechen, daß das Recht binde, denn im Begriff des Rechts werde das Moment des Bindens mitgedacht. Es ſolle daher richtiger gefragt werden: warum iſt ein Satz Rechtsſatz? oder: warum bindet ein Satz rechtlich?

Es bedarf indeß der ausdrücklichen Bemerkung, daß dieſe Verwendung des Begriffs Binden, bei welcher das Binden als allgemeine Eigenſchaft alles Rechts gemeint wird, über das in dem Wort zunächſt Ausgedrückte doch wohl hinausgeht. Zunächſt läßt ſich von einem „Binden" doch wohl nur bei Verpflichtungsſätzen d. h. bei Sätzen mit dem Inhalt „Du ſollſt", nicht aber bei ſolchen mit dem Inhalt „Du darfſt" reden. Dabei laſſe ich hier noch dahingeſtellt, ob der Begriff „Dürfen" nicht ſchließlich doch auf den Begriff „Sollen" zurückgeführt werden kann, wie öfter behauptet wird, oder ob er ſelbſtändig iſt.

Spricht man nun auch bei rechtlichen Du-Darfſt-Sätzen von einer „bindenden" Kraft, ſo meint man damit offenbar nur die Eigenſchaft alles Rechtlichen, eben Recht zu ſein, man

meint lediglich die rechtliche Wirklichkeit, das rechtliche Gelten eines Satzes. Es ist also jedenfalls keine sachliche Aenderung sondern nur eine weniger mißverständliche Formulirung, wenn man die Frage so stellt: warum gelten gewisse Sätze als Rechtssätze? oder: welches ist der Grund ihrer rechtlichen Geltung?

Die nächste Frage, die sich erhebt, scheint mir nun nothwendig die zu sein: welche Begriffsmomente denken wir in dem Begriff „Gelten"? was meinen wir, wenn wir von einem Rechtssatz aussagen, er „gelte"? Dieß ist eine rein thatsächliche Frage, auf welche demnach auch eine sichere Antwort möglich sein wird.

Meine Beobachtung führt mich nun auch jetzt noch nicht weiter als dahin: wenn wir einen Rechtssatz als geltend prädiziren, so meinen wir damit, daß beim Vorliegen des in jenem Rechtssatz genannten Thatbestands ein Dürfen (Berechtigung) oder ein Sollen (Verpflichtung) einer Person eintritt, und zwar denken wir dieses Dürfen und Sollen als unabhängig von dem Wollen und der Anerkennung Seitens dieser Person eintretend[226]).

Man könnte vielleicht zuerst daran denken, mit dem „Gelten" eines bestimmten Rechtssatzes meinten wir nichts weiter als die Thatsache, daß ein Befehl oder ein Erlaubnißsatz dieses Inhalts Seitens einer anderen Person ergangen sei. Indeß es können viele Leute befehlen, ohne daß wir das Urtheil vollziehen, der, dem befohlen wird, sei verpflichtet, das Befohlene zu thun. Damit vielmehr ein von einer Person ausgegangener Befehl oder Erlaubnißsatz nach unserem Urtheil die Kraft habe, eine Verpflichtung oder Be-

226) Ich verstehe unter Anerkennung die bewußte Vorstellung einer Person, daß der betr. Satz für sie bindende Kraft, d. h. Geltung in dem zu erörternden Sinne, habe. Dieß bemerke ich ausdrücklich, damit nicht der falsche Schein entsteht, als wolle ich im Text eine Polemik gegen Bierling (Grundbegriffe Bd. I.) führen, die mir hier noch fern liegt. Die mannigfachen Berührungspunkte zwischen seiner und meiner Ansicht ergeben sich für den Kenner seiner Arbeit weiterhin von selbst; zu einer Austragung der vorhandenen Differenzen ist hier nicht der Platz.

rechtigung hervorzubringen, muß dieſe Perſon die rechtliche Fähigkeit haben, bindende, d. h. geltende Normen zu erlaſſen; dieſe Fähigkeit aber wiederum iſt eine rechtliche, d. h. ſie iſt nur vorhanden in Folge eines allgemeinen dieſe Fähigkeit ertheilenden Rechtsſatzes, der nicht ſeinerſeits ebenfalls wieder ein Erlaubnißſatz (oder Befehl) ſein kann, wie leicht einzuſehen iſt. Die Sätze des Gewohnheitsrechts endlich ſind überhaupt nicht Befehle oder Erlaubnißſätze Seitens einer befehlenden oder erlaubenden Perſon.

Vielmehr ſcheint es mir nicht möglich zu leugnen, daß wir in dem Urtheil, Jemand dürfe oder ſolle, noch etwas Anderes denken als bloß die Thatſache, daß von einem Dritten eine Erlaubniß, ein Befehl an ihn ausgegangen ſei; wir denken vielmehr noch etwas Eigenthümliches hinzu.

Auch damit kann man ſich nicht helfen, etwa zu ſagen, in dem Gelten dächten wir lediglich, daß der Richter den Satz anwenden werde: denn ob der Richter den Satz anwenden wird, hängt von vielen Zufälligkeiten ab, unſerem Urtheil aber ſteht das in erſter Linie, daß der Richter *verpflichtet* ſei, ihn anzuwenden, und damit ſind wir wieder da wo wir waren.

„Gelten" iſt ein Prädikat, das von einem *Satz* ausgeſagt werden kann. Das Gelten eines Satzes deckt ſich nicht mit dem Begriff des Wahrſeins eines Satzes. „Wahr" kann auch der Satz ſein, der eine ganz vereinzelte und konkrete Vorſtellungsverknüpfung ausſpricht, z. B. jetzt ſcheint die Sonne, dieſer Menſch ſpricht, und dieß jedenfalls iſt auch im engeren Sinne der Begriff der „Wahrheit": die Uebereinſtimmung der Proportionen unſerer Vorſtellungen mit den Proportionen des Seienden, wie ich früher einmal zu definiren verſucht habe[227]).

Anders der Begriff des Geltens. Bei den bisher betrachteten, i. e. S. „wahren" Sätzen ſpricht man jedenfalls noch nicht von Gelten — ich verweiſe auf die obigen Beiſpiele; zum „Gelten" gehört vielmehr weſentlich die *Allgemeinheit*

227) Irrthum und Rechtsgeſchäft S. 323 ff.

des Satzes, und diese Allgemeinheit darf auch nicht bloß in der Zusammenfassung vieler einzelner Urtheile bestehen, so daß also doch künftig einmal für gleiche Subjekte das gleiche Prädikat nicht wahr sein könnte, sondern es wird ein nothwendiger Zusammenhang zwischen Subjekt und Prädikat angenommen, d. h. man meint, daß dieser Satz auch immer ferner in allen seinen Konkretionen zutreffen werde. Das einfach kategorische Urtheil ist dann in Wahrheit ein verstecktes hypothetisches Urtheil. Der Satz demnach, von dem gesagt werden kann, er gelte, ist ein hypothetisches Urtheil. Er kann sich also überhaupt mit einem oder vielen bestimmten konkreten Seienden gar nicht decken, denn er sagt über bestimmtes konkretes Seiendes garnichts aus; er konstatirt vielmehr nur eine Beziehung zwischen zwei Größen, während die empirische Existenz von keiner dieser beiden Größen behauptet wird.

Es ist also sehr wohl möglich, daß zur Zeit kein Wirkliches empirisch existirt, das seiner Hypothese, und demzufolge auch keines, das seiner These entspäche, dennoch gilt er, denn sein „Gelten" bedeutet immer nur dieß: überall wo und wenn die hypothetisch gesetzte Vorstellung wahr ist, ist auch die Vorstellung der These wahr; d. h. überall wo und wenn das in der Hypothese Bezeichnete wirklich ist oder wird, ist oder wird auch das in der These Bezeichnete wirklich. Die eigenthümliche Art der Wirklichkeit eines solchen Satzes nennen wir nun seine Geltung; man nennt einen solchen Satz auch „wahr" und kann ihn so nennen, man muß sich nur darüber klar sein, daß Wahrheit in jenem ersten und in diesem zweiten Sinn verschiedene Begriffe sind.

Indem wir also von einem Satz des Rechts sagen, er gelte, stellen wir eine eigenthümliche Art seiner Wirklichkeit vor, die Wirklichkeit nämlich, daß überall, wo die von jenem Satz bezeichneten Voraussetzungen eintreffen, auch die von jenem Satz bezeichnete Folge — ein Berechtigt- oder Verpflichtetsein einer Person — eintritt.

Von Sätzen, die gelten, sprechen wir nicht nur auf dem Gebiet des Rechts, sondern auch in scheinbar ganz heterogenen Fällen.

Als geltend denken wir vor Allem Naturgesetze, d. h. Sätze, welche eine ursachliche Verbindung zwischen zwei Komplexen von Thatbeständen aussagen. Sowohl die These wie die Hypothese enthält hier die Vorstellung eines Geschehens: die Ursache ist das Sichverwirklichen eines Thatbestandes, die Wirkung ist eine eintretende Veränderung. Auch die Gesetze des geistigen Geschehens (Motivation u. s. w.) rechne ich hierher. Der Begriff der Geltung ist hier gerade derselbe wie im Recht, nur daß dieß Geschehen im Recht ein Verpflichtet- oder Berechtigtwerden, in der Natur ein physisches oder geistiges Geschehen ist. Unsere Vorstellung nimmt aber doch in beiden Fällen denselben Weg.

Neben diesen Naturgesetzen gibt es Gesetze — nicht des Geschehens sondern — des Seins: Seinsbeziehungen, die wir als vorhanden voraussetzen, ohne daß wir alles vorhandene Seiende kennen, z. B. Sätze der Mathematik. Auch ihnen schreiben wir Geltung zu.

Alle diese Gesetze sagen also eine nothwendige Verbindung zwischen Hypothese und These aus; sie erschöpfen ihre Geltung nicht in einem einzelnen konkreten Fall, sondern sie behaupten, daß stätig und allgemein, d. h. immer dann wenn und überall da wo die Hypothese zutrifft, auch die These zutreffen werde. Wir stellen also auch das Natur- oder Seinsgesetz als wirklich vor außer uns. Wir dichten ihm damit nicht ein dinghaftes Dasein an, diese thörichte Vorstellung ist vielmehr weit abzuweisen, sondern wir behaupten eine eigenthümliche Art der Wirklichkeit, die zwar nicht eine nicht weiter auflösbare Vorstellung ist — ich habe vielmehr versucht sie in ihre Begriffsmomente zu zerlegen, und werde weiterhin versuchen, auch ihre Entstehung darzulegen —, die aber doch von der Wirklichkeit des Seins und Geschehens specifisch verschieden ist. Diese Wirklichkeit enthält also auch in sich, daß die betreffenden Sätze gelten unabhängig von unserer Anerkennung, unserem Willen, sie werden eben als etwas objektives und von uns Unabhängiges vorgestellt.

Der Begriff des Geltens ist ferner auch angewendet bei den Sätzen, die wir als Sittengesetze bezeichnen. Auch hier

ist in dem Begriff Gelten dasselbe gedacht wie oben gesagt; diese Verwendung des Begriffs Gelten führt am besten hinüber zu dem Gelten auf dem Gebiete des Rechts. Daß ein Sittengesetz gilt, bedeutet, daß Jeder, auf den das Sittengesetz seinem eigenen Inhalt nach sich bezieht, unter bestimmten Umständen zu einem bestimmten Thun oder Nichtthun verpflichtet sei oder daß er etwas dürfe. Auch dieser Satz bindet eine Wirkung an eine Voraussetzungsreihe: bei bestimmten Umständen konstatire ich das Entstehen und demgemäß Vorhandensein eines Soll oder Darf auf Seiten einer Person. Auch das Sittengesetz stelle ich vor als unabhängig und objektiv über mir giltig ohne Rücksicht auf meine Anerkennung und meinen Willen. —

Die Frage, deren Lösung wir suchen, ist die, welches der Grund der Geltung eines Rechtssatzes sei. Was „Geltung" sei, was also in dem Begriff Geltung gedacht werde, wurde bisher erörtert. Es bedarf nun weiter der Untersuchung, was es bedeutet, überhaupt nach dem Grunde der Geltung irgend eines Satzes zu fragen.

Diese Frage sucht offenbar nach einer Erklärung irgend einer Art für die Geltung des betr. Satzes, dessen Inhalt dabei völlig gleichgiltig bleibt. Solche Erklärung läßt sich zunächst in zweierlei Weise, in einer unvollkommenen und in einer vollkommenen, denken. In einer unvollkommenen: man führt die Behauptung, daß ein Satz gelte, als Anwendungsfall auf eine allgemeinere Behauptung zurück. Ich sprach hiervon schon oben im Abschnitt V. Diese Erklärung ist eine unvollkommene, weil ja doch der allgemeine Satz, auf den der speciellere in Frage stehende etwa zurückgeführt ist, seinerseits wieder einer Erklärung über den Grund seiner Geltung bedarf. Ein natürliches geistiges Bedürfniß verlangt vielmehr die Zurückführung des Satzes, dessen Geltung behauptet wird und erklärt werden soll, auf ein Letztes, in dem Sinn Absolutes, daß es der Erklärung nicht mehr bedarf.

Dieses Bedürfniß sucht seine Befriedigung zunächst und in naiver Weise durch eine weitere Anwendung der Kausalitätsvorstellung, d. h. es versucht die Geltung des betr. Satzes

zurückzuführen als Wirkung auf eine Urſache. Oft iſt bemerkt, daß man bei ſolcher Zurückführung kein Ende erreicht, bis man nicht bei einem letzten Abſoluten, welches causa sui iſt, anlangt. Möglich iſt endlich auch die Vorſtellung, daß, wie jede Wirklichkeit, ſo auch das Gelten eines Satzes ein auf ſich beruhendes und nicht weiter ableitbares, alſo ſo zu ſagen ſelbſt ſchon die causa sui ſei.

Alle ſolche Erklärungen würden, wie man ſieht, tief in die Metaphyſik oder in die Religion hineinführen. Mag man als Urheber der Natur- und Seinsgeſetze einen ſchöpferiſchen Gott anſehen oder in dem unperſönlichen Syſtem der Naturgeſetze ſelbſt das Abſolute finden, mag man die Rechts- wie Sittlichkeitsordnung auf das Gebot eines lebendigen Gottes zurückführen oder ein urſachloſes Anundfürſichſein eines Syſtems von ſittlichen Geſetzen als Abſolutes annehmen — alle derartigen Theorien bewegen ſich jedenfalls auf einem für uns transcendenten Gebiet; auch wird hier niemals eine Theorie von ſo einleuchtender Gewißheit aufgeſtellt werden können, daß ſie überall gleichmäßig als richtig anerkannt werden würde. Man müßte hierüber ganz untröſtlich ſein, wenn nicht die Frage nach der Urſache der Geltung des Satzes, ſobald wir nur dieſen Satz ſelbſt als wirklich geltend wiſſen, für die nächſten praktiſchen Zwecke gleichgiltig wäre. Die Welt geht darum nicht aus den Fugen, weil die Philoſophen darüber uneinig ſind, woher die Naturgeſetze gelten; und ſo erklärt es ſich auch, daß die Rechtsordnung beſteht und doch geſtritten wird, woher ihre Geltung rührt. Das freilich muß man wiſſen, *daß* der Satz, um den es ſich handelt, gilt; und ſo tritt gebieteriſch die andere Frage auf: *woher wiſſen wir überhaupt, daß Geſetze gelten?* Mit dieſer veränderten Frageſtellung glaube ich der Löſung des Problems vom Grunde der Geltung näher zu kommen.

Für die Natur- und Seinsgeſetze wird die naive Betrachtung raſch mit der Antwort fertig ſein: die Geltung dieſer Geſetze wiſſe man aus der Beobachtung, aus der Erfahrung. Ganz anders jedenfalls ſtellen ſich auf den erſten Anblick Geſetze des Rechts und der Sittlichkeit dar. Die Wirkung iſt hier

keine sinnenfällige, ja auch keine unmittelbar erlebbare (wie z. B. bei geistigen Geschehens-Gesetzen); das Sollen und Dürfen, das Verpflichtet- und Berechtigtsein sind ideelle Qualifikationen, die keine sinnliche Existenz haben und auch nicht unmittelbar erlebt werden können, denn erlebt werden kann immer nur ein einzelnes individuelles psychisches Ereigniß oder ein solcher Zustand. Hier also zeigt sich die Schwierigkeit der Frage: woher wissen wir die Geltung dieser Sätze? Wenn wir sie nicht aus der Induction wissen können, sind wir dann nicht dazu gedrängt, sie aus metaphysischen oder religiösen Dogmen deductiv herzuleiten? Einige — Völker wie Einzelne — haben diesen Weg in der That beschritten; aber wir fanden vorher, daß er nicht zum Ziel zu führen vermöge. Einen dritten aber gibt es nicht.

Demnach müssen wir auch für die Geltung der Sätze des Rechts und der Sittlichkeit bei dem Versuche einer empirischen Induction bleiben.

Ich halte den oft gemachten Unterschied zwischen Sitten- und Rechtsgesetz für im Ganzen zutreffend, wenn auch nicht erschöpfend, daß das Sittengesetz sich in erster Linie an die Gesinnung des Menschen wendet, während das Rechtsgesetz vor Allem die in die Außenwelt hinaustretenden Handlungen des Menschen berücksichtigt.

Damit hängt denn auch die sehr verschiedene Art der Induction zusammen, durch welche wir zur Konstatirung der Geltung des Sitten- und des Rechtsgesetzes kommen.

Der Einzelne erlebt in sich — ich untersuche durchaus nicht, warum, ob es sich hier um einen Niederschlag von Zweckmäßigkeitserfahrungen oder um was es sich sonst handelt — die Thatsache, daß er bei bestimmten Umständen sich innerlich zu einem Handeln in bestimmter Richtung befugt oder verpflichtet fühlt. Die Thatsache dieses Gefühls (Gewissen!) nehme ich hin; sie ist durchaus nicht unableitbar, aber ich habe es mit den Gründen ihrer Entstehung nicht zu thun, möchte vielmehr nur bei der Konstatirung der Thatsache selbst stehen bleiben.

Wenn sich bei gleichem Anlaß dasselbe Gefühl wiederholt

einstellt, also dieses selbe innere Erlebniß Statt hat, wenn auch — wie durch Beobachtung (Mittheilung u. s. w.) wohl zu erfahren ist — in Dritten bei gleichem Anlaß gleiche Gefühle entstehen, und sich die Aufmerksamkeit auf diese Dinge richtet, so wird der Beobachtende zunächst nur constatiren können: bisher hat sich bei solchem Anlaß dieses Gefühl des Dürfens oder Sollens immer eingestellt; durch die gleichförmige Wiederholung aber wird der Gedanke an einen Zufall ausgeschlossen, und er erwartet, daß sich dasselbe Gefühl bei gleichem Anlaß auch ferner einstellen werde.

Einem allgemeinen erkenntnißtheoretischen Zuge folgend, sucht er nun nach einem Grunde, warum auf diesen Anlaß stets dieses Gefühl folgt; da der naive Mensch eine Erklärung hierfür aus anderweiten Ursachen nicht findet und *wenn* er sie nicht findet, so verwandelt sich ihm die Vorstellung, daß er sich auf diese Anlässe hin verpflichtet *fühle*, von selbst in die Vorstellung, er und jeder Andere unter gleichen Umständen *sei* verpflichtet; er stellt also hinter das „Sichverpflichtetfühlen" ein „Verpflichtetsein" als ein Wirkliches, dessen Abbild oder Wirkung nur das Gefühl sei — ähnlich wie man der Farbenempfindung, die sich unter bestimmten Umständen einstellt, ein Farbigsein hypostasirt. In dieser Gedankenrichtung geht die Seele dann weiter. Hat sie erst einmal das Verpflichtetsein als etwas Objektives von der Thatsache des Sichverpflichtetfühlens losgelöst, so kommt sie auch weiter dazu, die Wirklichkeit des Satzes, welcher das Verpflichtetsein an jene Umstände bindet, in vollem Umfang anzunehmen; dieser Satz gilt ihr dann auch da, wo das mit irdischer Zufälligkeit behaftete Subjekt aus Mißkenntniß ihn nicht anerkennt, sich nicht verpflichtet fühlt, mag man selbst nun oder mag ein Dritter diesen Fehler gemacht haben; kurz das Sittengesetz wird als etwas objektiv wirkliches, als eine objektiv geltende Ordnung vorgestellt.

Ganz ähnlich ist der Vorgang für das rechtliche Gebiet. Auch zur Schaffung der Vorstellung, ein Satz gelte rechtlich, komme ich nur durch eigenthümliche Induktionen. Freilich: das Berechtigtsein, das Verpflichtetsein einer Person ist weder

Gegenstand einer sinnlichen Wahrnehmung noch einer Selbstbeobachtung. Das, was allein beobachtet werden kann, ist vielmehr ein ganz anderes. Beobachten läßt sich, daß die Menschen in ihrem äußeren Verhalten zu einander bei konkurrirenden und kollidirenden Interessen sich gleichförmig nach gewissen Regeln thatsächlich richten, die sie nicht als ein Produkt ihrer Willkür im einzelnen Fall erzeugen oder nach freiem Belieben annehmen, sondern denen sie sich — wenn auch widerwillig — beugen; diese Sätze sind also, wie man beobachtet, als thatsächliche Anforderung in den Menschen wirksam, mag auch vielleicht im Einzelfall dieses Motiv durch ein Gegenmotiv paralysirt sein.

Der Beobachtende, welcher einen Satz in dieser Weise thatsächlich öfter in Anwendung gebracht sieht, wird deshalb allein noch nicht das Urtheil vollziehen, dieser Satz *gelte* nun auch. Resultat seiner Beobachtung ist vielmehr nur das thatsächliche Herrschen (oder wie man sich auch ausgedrückt hat: das „thatsächliche Gelten") eines Satzes als Rechtssatzes; daß aber zwischen der Vorstellung des thatsächlichen Herrschens eines Satzes als Rechtssatzes und der seines rechtlichen Geltens noch eine weite Kluft liegt, wird von selbst Jedem klar sein, der vorurtheilsfrei vergleicht, was in beiden Begriffen gedacht wird.

Mit jener obigen Charakterisirung habe ich zugleich ausdrücken wollen, daß ein Satz als Rechtssatz und insbesondere nicht bloß als Satz der Sitte thatsächlich herrscht. Wie aus den Normenkomplexen, welche thatsächlich den Verkehr beherrschen, die Normen des Rechts als eine allen anderen Arten von Normen gegenüber völlig selbständige und von ihnen unterschiedene Art in der Reflexion zum ersten Mal hervortreten, das zu erörtern ist eine der schwierigsten Aufgaben, die ich hier nicht zu lösen habe. Auch worin heutzutage die specifische Differenz zwischen Sätzen der Sitte und solchen liegt, die thatsächlich als Recht angewendet werden (gleichgiltig, ob das Urtheil vollzogen wird, sie seien auch *geltendes* Recht), ob vielleicht in dem Fehlen des Zwangsmoments auf Seiten der Sitte oder worin sonst, will ich hier nicht näher erörtern, um diese Skizze nicht allzusehr zu kompliciren. Daß jene obige

Charakterisirung nicht vollständig ist, weiß ich wohl; aber es wird nicht unerlaubt sein, wenn ich den Begriff eines Satzes, der Rechtssatz, nicht bloß Satz der Sitte sein will, hier als gegebenen zu Grunde lege, und mich auf die Untersuchung der Frage beschränke, wie ein korrekt denkender Mensch dazu kommt, einen Satz, der thatsächlich als Rechtssatz herrscht, für einen solchen zu halten, der nun auch wirklich *gilt*.

Wenn z. B. bei feindlicher Invasion die feindliche Regierung oder wenn eine Revolutionsregierung, sobald sie die Macht in die Hände bekommen hat, ein Gesetz etwa über Besteuerung oder dgl. erläßt, so liegt klar vor, was ich meine: ein Satz, der Rechtssatz, nicht Satz der Sitte sein will, dem sich auch vielleicht, der Noth gehorchend, vorläufig ein Jeder beugt, und den doch der korrekt denkende Beurtheiler vorläufig nicht als geltendes Recht ansieht. Ich spreche vom korrekt denkenden Beurtheiler, denn es handelt sich hier wie in allen solchen Fällen nicht darum, daß *alle* Menschen dieses Urtheil auf den gleichen Reiz hin erzeugen, sondern nur darum, daß bei einer korrekt funktionirenden Seele dieß der Fall ist. Auch diese Vorstellung des „korrekt Funktionirens" erörtere ich hier nicht weiter, denn sie ist eine allgemeine bei jeder Prüfung, ob ein Urtheil richtig sei, gleichmäßig unentbehrliche Vorstellung.

Damit die Vorstellung des thatsächlichen Herrschens eines Rechtssatzes sich in die seiner rechtlichen *Geltung* verwandle, muß also Weiteres hinzukommen. Jene Beobachtung des thatsächlichen Herrschens muß vor Allem sich durch längere Zeit hindurch öfter wiederholen; wenn dieß der Fall ist, und wenn man endlich — dieß ist vielleicht das wichtigste Moment — genügenden Anlaß zu der Annahme hat, daß jenes thatsächliche Herrschen andauern werde, m. a. W. wenn man eine, Dauer versprechende Quelle von Motivationen dafür, daß auch fernerhin dieser Satz werde angewendet werden, in Wirksamkeit weiß, so erzeugt sich allmählich in dem korrekt denkenden Beobachter von selbst die eigenthümliche oben in ihren Begriffsmomenten geschilderte Vorstellung, daß diese thatsächliche Rechtsordnung eine rechtlich *geltende* Ordnung sei. Ist dieser Begriff einmal erzeugt, so wird er nun auch

weitergeführt: die Geltung des Satzes wird parallel wie beim Sittengesetz als unabhängig gedacht von seinem thatsächlichen Angewendetsein; sie wird als soweit vorhanden gedacht, wie der Satz selbst es aussagt, der Satz wird also als geltend gedacht auch für und gegen den, welcher ihn nicht anerkennt, ja welcher ihn nicht einmal kennt, für den — durch Geburt oder Zuzug — neu Eintretenden, auch für den Wahnsinnigen.

Dieß ist in der That die einzige Art, wie etwas entsteht, was der normal denkende Beobachter für geltendes Recht hält; die gegebene Erklärung bezieht sich auf das sog. Gesetzesrecht i. e. S. ebenso wie auf das Gewohnheitsrecht. Die gewöhnliche Vorstellung ist allerdings wohl die, daß beide Arten Recht auf verschiedene Weise entstünden, und zwar das Gesetzesrecht unmittelbar durch den Ausspruch des Gesetzgebers. Es ist aber oft bemerkt worden und muß Jedem einleuchten, daß ein Gesetz doch nur dann geltendes Recht ist, wenn es von dem befugten Gesetzgeber (mag er ein Einzelner oder eine Gemeinschaft von Personen sein) innerhalb der Grenzen seiner Befugniß und in der nöthigen Form erlassen ist. Damit aber entsteht sofort die Frage, woher denn diese Person diese rechtliche Macht hat Gesetze zu geben. Mit der in vielen Fällen nahe liegenden Antwort, sie habe ihre Macht derivativ erworben — z. B. durch Vertrag —, kommt man selbstverständlich nicht weit. Denn abgesehen davon, daß vielfach die bestehende Verfassung vor unseren Augen durchaus originär entstanden ist, so muß doch jeder derivative Erwerb wie ein sich aufräufelnder Faden irgendwo einmal ein Ende haben, und hier muß originärer Erwerb angenommen werden. Das steht gerade so wie bei der probatio diabolica des Eigenthums. Endlich ist ja doch auch der Gedanke des derivativen Erwerbs nicht anders möglich als auf Grund von vorhandenen Rechtssätzen. Haben auch diese Rechtssätze ihrerseits wieder einen Gesetzgeber zum Urheber, so bleibt doch immer die Frage, woher denn jener Gesetzgeber die Macht hatte, geltendes Recht zu schaffen.

Offenbar muß man hier zuletzt immer auf einen Rechtssatz kommen, der einer Person die Befugniß gibt, (innerhalb

gewiſſer Schranken und in gewiſſer Form, was ich hier nicht berückſichtige) geltendes Recht zu ſchaffen, und es kommt darauf an zu ermitteln, woher dieſer Rechtsſatz kommt. Hier nun trifft eben die obige Erklärung zu. Wenn das Gebot einer Perſon, welches Befolgung von Allen, die es angeht, verlangt, längere Zeit thatſächlich befolgt iſt — aus welchem Motiv bleibt gleichgiltig, vielleicht und meiſt, weil in der Machtſtellung der Perſon eine Gewähr dafür liegt, daß ſie nöthigenfalls durch Zwangsmittel ihre Normen aufrecht erhalten werde —, wenn ferner die Verhältniſſe eine weitere Dauer dieſer Machtſtellung wahrſcheinlich erſcheinen laſſen, ſo daß alſo zu erwarten iſt, ſie werde auch fernerhin den Satz, daß ſie Geſetzgeberin und Herrſcherin ſei, thatſächlich ausüben, ſo erzeugt ſich allmählich der Gedanke, daß die Machtſtellung dieſer Perſon eine Rechtsſtellung ſei, daß ſie alſo insbeſondere auch bindende Geſetze geben könne. Dieſer Prozeß vollzieht ſich bei der einen Perſon langſamer, bei der anderen raſcher, ſo daß oft in einem Staat Perſonen nebeneinanderleben, die ein ganz verſchiedenes ſtaatliches Rechtsverhältniß für rechtlich geltend halten. Man braucht nicht weit Umſchau zu halten, um das zu beobachten. Das geſetzliche Recht ſetzt mithin für ſeine Geltung bereits die Geltung jenes allgemeinſten Rechtsſatzes, kraft deſſen Jemand Geſetzgeber iſt, voraus und leitet ſeine Geltung von ihm ab; es iſt alſo inſofern nur eine Rechtsquelle von ſekundärer, abgeleiteter Kraft. Hierdurch erklärt es ſich auch, daß ein Geſetz als geltend betrachtet wird ſofort nach ſeiner Einführung, ſchon vor dem erſten Fall ſeiner thatſächlichen Anwendung: bezüglich eines ſolchen Geſetzes, iſolirt genommen, ſind die Thatſachen, welche den Gedanken der Geltung produziren, nicht vorhanden; dennoch halten wir es für geltend, weil wir den allgemeinen Rechtsſatz, aus dem es ſeine Geltung ableitet, für geltend halten.

Dieſer allgemeine Rechtsſatz aber iſt entſtanden nicht wieder durch Geſetz, ſondern auf jene originäre Weiſe, die geſchildert wurde.

Neben dieſer Geſetzesproduktion mit abgeleiteter Geltung gibt es immer noch auch primäre, ſozuſagen autochthone

Rechtserzeugung. Eine stärkste Motivationsquelle zu weiterer Uebung des Satzes bildet nach durchgängiger psychologischer Erfahrung die Thatsache, daß bisher schon in gleichen Fällen ebenso gehandelt ist. Indem also ein Rechtssatz thatsächlich befolgt ist und die Wahrscheinlichkeit vorliegt, daß er auch weiterhin befolgt werden werde, eben weil man eine dauernde Motivationsquelle in Wirksamkeit sieht, verwandelt sich der Begriff des Thatsächlichen in den des Rechtlichen. Dieß ist das sog. Gewohnheitsrecht — freilich ist der Name kein sehr glücklich gewählter, da das psychologische Gewichtsmoment der Gewohnheit ein anderes ist als das im „Gewohnheitsrecht" wirksame. Hier bei dieser Produktion des sog. Gewohnheitsrechts, die Manchen zweifelhaft ist, liegt nichts Anderes vor als bei der Produktion jenes allgemeinsten das Gesetzesrecht erst ermöglichenden Rechtssatzes, die zweifellos in der von uns geschilderten Weise vor sich geht; beide unterscheiden sich nur in dem Einen, daß die Motivationsquelle für künftige weitere Anwendung desselben Satzes für beide eine verschiedene ist: hier die Autorität der gesetzgebenden Person mit ihren Machtmitteln, dort die Autorität des bisherigen Gebrauchs. Mit dieser Maßgabe ist es richtig zu sagen, daß alles Recht lediglich Gewohnheitsrecht ist. Man darf nicht das Gewohnheitsrecht auf das Gesetz (s. oben VI), sondern man muß das Gesetz auf das Gewohnheitsrecht in einem weiteren Sinne zurückführen. Mit jener Zurückführung des Gewohnheitsrechts auf das Gesetz entgeht man ja, wie dargestellt, den Schwierigkeiten keineswegs. Bleibt ja doch die Frage offen, warum denn jener allgemeinste Rechtssatz, kraft dessen das Gesetzesrecht gilt, seinerseits gelte. Die ewige Rechtfertigung der Geltung des Gewohnheitsrechts liegt vielmehr nur in jener eigenthümlichen psychologischen Erscheinung, daß ein normal denkender Mensch die Vorstellung, daß eine rechtliche Ordnung *gelte*, dann erzeugt, wenn er das längere thatsächliche Herrschen dieses Satzes beobachtet und erwartet, daß dieses thatsächliche Herrschen auch noch länger andauern werde.

Ich bemerke hier ausdrücklich noch einmal, daß sich überhaupt nicht fragen läßt, ob schon durch dieß oder jenes

Moment, z. B. durch die Anerkennung Seitens Vieler, die Geltung eines Rechtssatzes produzirt werde, denn die Geltung ist nichts an sich; die Frage kann nur lauten, ob ein korrekt denkender Mensch die Vorstellung der Geltung in einem bestimmten Fall erzeugen wird oder nicht. Und ich bemerke ferner, daß nach meiner Ansicht bei dem normal denkenden Beurtheiler sich die Vorstellung einer rechtlich geltenden Ordnung noch nicht ohne Weiteres dadurch einstellt, daß er beobachtet, daß die Mehrzahl derer, auf welche sich jene Ordnung bezieht, sie anerkennt: er kann hier auch einen weitverbreiteten Irrthum annehmen, dessen baldige Beseitigung er erwartet. Andererseits wird er die Vorstellung eines geltenden Rechts auch da erzeugen, wo er eine Anerkennung Seitens der Mehrzahl nicht beobachtet.

Recht ist also durchaus nicht Macht, wie man oft gesagt hat, oder vielmehr: das Recht ist eine Macht, aber nicht die Macht ist schon an sich Recht. Sie bildet vielmehr nur die thatsächliche Grundlage, an welche sich unter besonderen Voraussetzungen der Gedanke der rechtlichen Geltung anschließt. Das rechtliche Gelten ist noch ein Mehreres und Anderes als das thatsächliche Gelten.

Daß freilich bei der geschilderten Erzeugung der Vorstellung der Geltung des Rechts und des Sittengesetzes ein Sprung über eine unüberbrückte Kluft gemacht wird, das ist schlechthin zuzugeben. Keine Erklärung wird das Unerklärliche des psychischen Phänomens der Erzeugung jener Vorstellungen erklären können. Ganz irrig aber wäre es, deshalb der hier versuchten Darstellung des gesammten Problems den Vorwurf machen zu wollen, daß auch sie nichts erkläre, daß die Parallelisirung mit dem Natur- und Seinsgesetz unrichtig, daß der Weg der Induktion ein Irrweg sei.

Denn es ist außer allem Zweifel, daß auch bei der Erzeugung der Vorstellung, daß ein Natur- und Seinsgesetz gelte, ein ganz ähnlicher psychologischer Sprung vorliegt, und daß auch die Schaffung dieser Vorstellungen nicht lediglich auf Induction beruht. Ueberall, wo überhaupt die Vorstellung eines geltenden Satzes irgend einer Art erzeugt wird, kann das nur dadurch geschehen, daß die Seele selbstthätig den gemachten

Beobachtungen ein ganz eigenthümliches, durchaus nicht aus der Beobachtung stammendes Gedankenelement hinzusetzt.

Auch beim Naturgesetz gibt die Beobachtung nur, daß x bisher stets auf y gefolgt sei; daß es aber nothwendig folgen müsse, diesen Gedanken, wie man ihn auch näher fassen möge, gibt keine Beobachtung, ihn thut die Seele aus ihrem Eigenen hinzu. Ich sage nicht, daß diese Vorstellung der Nothwendigkeit eine angeborene Idee sei, aber ich behaupte, daß sie eine in der Organisation unseres Denkvermögens begründete und bei bestimmtem Anlaß mit Nothwendigkeit auftretende Denkaction ist.

Ganz parallel steht es bei den Seinsgesetzen. Die Nothwendigkeit solcher Seinsbeziehungen ist unbeobachtbar; beobachtbar ist nur, daß in dem einzelnen beobachtbaren Fall sich das ausgesagte Verhältniß vorfindet.

Daß bei der Schaffung der Vorstellung, daß ein Sittengesetz gelte, ebenfalls eine eigenthümliche psychische Zuthat nöthig ist, wurde oben schon gesagt.

Ebenso nun auch beim Recht. Die Unerklärlichkeit ist hier nicht größer als dort auch — das Wunder ist in allen Fällen ein gleiches.

Die ganze Frage ist also wie mir scheint schließlich eine psychologische. Als Thatsache der Beobachtung steht fest, daß die Menschen in den verschiedensten Ländern die Vorstellung der Geltung des Rechts erzeugt haben, so daß auf bestimmte Thatsachen hin die Menschen berechtigt oder verpflichtet werden. Aus der Beobachtung kann diese Vorstellung nicht gewonnen sein, ihre Schaffung beruht also auf einer eigenthümlichen psychischen Aktion des Menschen. Um demnach zu wissen, was „Geltung“ des Rechts sei, wird nur gesagt werden müssen, welche Momente in diesem Begriff gedacht werden; und die Frage, warum das Recht überhaupt gelte, ist nur so zu verstehen: wann erzeugt die menschliche Seele jene eigenthümliche Vorstellung des rechtlichen Geltens?

Daß Jeder, der überhaupt die Vorstellung eines geltenden Rechts hat, das Recht als eine über ihm wirkliche Macht, deren Sätze gelten, denkt, konnte keinem, der diesem Problem

nahe trat, verborgen bleiben. Nur indem dem Recht dieſe objektive Wirklichkeit zugeſchrieben wurde, war es dem Belieben der Einzelnen entrückt und hatte die Feſtigkeit, die es haben mußte; es „galt“ nun, mochte der Einzelne es anerkennen oder nicht. Aber hierin fand man auch etwas Unerklärliches. Man ſuchte, anſtatt in die eigene Seele zurückzugreifen und zu fragen, warum ſie die Vorſtellung eines geltenden Rechts erzeugt habe, außerhalb nach einem Grunde ſeiner Geltung. Die einzige wahrhaft befriedigende Löſung in dieſer Richtung könnte immer nur die des Glaubens ſein: dieſe Rechtsordnung gilt, weil ſie geſchaffen iſt von einem Subjekt, das die Kraft hat ſie zu ſetzen, von Gott. Mit dieſem unmittelbaren Zurückführen auf Gott iſt man aber zugleich am Rande des wiſſenſchaftlichen Gebiets.

Scheitern aber mußten alle anderen Theorien. Sie ſind entweder unbewieſene und unbeweisbare Behauptungen, wie z. B. die, daß die allgemeine Ueberzeugung Recht ſei, oder ſie führen auf andere Sätze zurück — wie z. B. die, daß das Volk ſich durch ſeinen Willen ſelbſt binde —, die erſt ſelbſt des Nachweiſes für den Grund ihrer Geltung bedürfen.

Hieraus erklärt ſich auch die Verſchwiſterung der Theorie über die Kraft des Rechts mit der Ethik. Unter zwei Vorausſetzungen führt ſie zum Ziel. Einmal, daß jede einzelne Rechtsnorm zugleich als Beſtandtheil der ethiſchen Ordnung nachgewieſen wird — was nie gelingen kann —, und zweitens, daß die ethiſche Ordnung ſelbſt und als ſolche als geltend nachgewieſen wird — was bisher noch nicht gelungen iſt. Der erſten Schwierigkeit entgeht man durch eine andere Wendung: nicht jeder einzelne Rechtsſatz ſei ein Satz der Ethik, vielmehr komme es nur auf einen einzigen Satz der Ethik an, welcher beſage, daß das von der Obrigkeit oder durch Gewohnheit geſetzte Recht bindend (d. h. geltend) ſei. Aber die Frage bliebe dann immer noch ungelöſt, welche Perſonen denn Obrigkeit ſind — und darüber kann bei dem fortwährenden Wechſel der Verhältniſſe uns die Ethik ſchwerlich Auskunft geben; ferner iſt noch nicht bewieſen, daß dieß in der That eine ethiſche Forderung iſt, endlich auch nicht, daß der Satz, der als ethiſche Forderung prädizirt wird, ſeinerſeits gelte.

Vielmehr ist die richtige Ableitung der bindenden Kraft des Rechts nur und kann nur sein eine rein psychologische: d. h. nach unserer Veranlagung erzeugt sich aus bestimmten Ursachen und unter bestimmten Umständen die Vorstellung des Geltens einer Ordnung über uns.

Es ist auch für mich keinen Augenblick möglich, die nur formale Natur dieser Erörterungen zu verkennen. Aber meine Aufgabe geht nicht darauf zu erkennen, warum gerade dieser besondere Inhalt Recht wird, wie sich die Idee des Eigenthums u. s. w. bildet, abstrakt: welche Momente den materiellen Inhalt der einzelnen Rechtssätze produziren, indem sie im Gesetzgeber oder in den Subjekten gewohnheitlicher Uebung thätig werden, sondern nur zu untersuchen, was überhaupt in der Vorstellung „rechtlicher Geltung" gedacht ist, und wie diese Vorstellung entsteht.

Ich formulire nun noch einmal (und für die heutige Zeit, die ich hauptsächlich betrachte, ist das kein Cirkel): die Vorstellung daß ein Satz als Rechtssatz gelte, d. h. daß die Einzelnen, auf welche sich der Rechtssatz bezieht, ihm gemäß berechtigt und verpflichtet werden, stellt sich dann ein, wenn Jemand beobachtet, daß ein Satz als Rechtssatz längere Zeit hindurch und in mehreren Fällen thatsächlich zur Anwendung gekommen ist, und wenn er die Vorstellung hat, daß eine Quelle von Motivationen auch für künftige Anwendung desselben Satzes wirksam sei.

Ich behaupte keineswegs, daß die Vorstellung der Geltung eines Rechtssatzes historisch immer auf diese Weise erzeugt wird; vielfach — und ich denke dabei nicht nur an das Recht jugendlicher Völker sondern z. B. auch an das heutige Kirchenrecht — steht sie in unmittelbarem Zusammenhang mit religiösen Vorstellungen, sei es daß der einzelne Rechtssatz unmittelbar, sei es nur, daß die Gesetzgebungsmacht einer gesetzgebenden Person auf den göttlichen Willen zurückgeführt wird. Oft freilich hat man dieß wohl nur als eine erst nachträglich erzeugte Vorstellung anzusehen: es drückt sich in dieser Zurückführung auf das Göttliche dann nur in naiver Weise die Ehrfurcht aus, welche die geltende Rechtsordnung einflößt.

Oft mag dieſe Vorſtellnng auch abſichtlich durch den Geſetzgeber erzeugt ſein, welcher ſeinem Geſetz dadurch eine größere Weihe und Kraft geben wollte, als er es durch ſeine perſönliche Machtſtellung konnte. Wie dem aber auch ſei: der Grund der Geltung, den ich darzulegen verſucht, läßt ſich doch nicht entbehren; er tritt ſubſidiär überall ein, wo jener religiöſe Glaube erſchüttert wird oder fehlt: die Vorſtellung der Geltung des Kirchenrechts bleibt beſtehen, auch wenn die heilige Schrift nicht mehr als göttliche Offenbarung angeſehen wird. —

Die Erklärung, welche ich für die Geltung des Rechts zu geben verſucht habe, erfüllt die Anforderung, welche man an jede dießbezügliche Theorie ſtellen muß: ſie iſt einheitlich für Gewohnheits- und Geſetzesrecht. Vor Allem beſteht ſie in einer Veränderung der Frageſtellung: da die „Geltung" oder „bindende Kraft" eines Satzes etwas rein intelligibles iſt, kann auch nur gefragt werden: wann erzeugt ein korrekt denkender Menſch die Vorſtellung, daß ein Satz gelte?

Im Weſentlichen läßt ſich alſo auch für das Gewohnheitsrecht ſagen, daß die Macht der dauernden Thatſachen es iſt, welche dem Gewohnheitsrecht Geltung verſchafft. Die allgemeine Rechtsüberzeugung iſt gleichgiltig; nur daß bisher ſchon ein Satz als Rechtsſatz da, wo er Anwendung zu finden hatte, auch wirklich angewendet worden iſt, nur dieß iſt nöthig.

Puchta hat zwar über die Anſicht, welche hier als die richtige vertheidigt wird, die ganze Schale ſeines Spotts und Zorns ausgegoſſen; er nennt ſie eine vernunftloſe Vorſtellung, eine Theorie der Verzweiflung, er ſpricht von einer Schmach, und behauptet, kein Verſtand werde ſie begreifen[228]), er nennt die Gewohnheit ſelbſt etwas ganz leeres, geiſtloſes, ein troſtloſes von keinem Gedanken beſeeltes Faktum[229]); indeß man richte nur einen unbefangenen Blick in Leben und Wiſſenſchaft,

228) Jahrbücher S. 22, 23. Gewohnheitsrecht II. S. 9; er nennt ſie: widerſinnig, unſinnig, höchſt beſchränkt, nicht in das Innere eindringend u. ſ. w. I. S. 82, 165, 177, 207. II. S. 7, 8, 9. Jahrbücher S. 4.

229) I. S. 81, 164.

und man wird überall dasselbe Prinzip in Kraft finden, daß eine thatsächlich bestehende Ordnung dadurch daß sie längere Zeit besteht, Halt und Weihe bekommt, insbesondere daß, was thatsächlich als Recht längere Zeit hindurch bestanden hat, eben dadurch wirklich Recht wird; „der Macht der Thatsache, welche sich eine längere Zeit hindurch zu behaupten im Stande gewesen ist, vermag sich kein menschliches Gemüt zu entziehen; was lange Zeit gewesen ist, erscheint uns bloß deßwegen, weil es gewesen ist, als Recht“ [230]).

Die Bedeutung dieses Prinzips geht weit über das eigentliche Gewohnheitsrecht heraus. Viele thatsächliche Ordnungen des Verkehrs, die unter dem Niveau des eigentlichen Rechts liegen und doch nicht als Sitte sondern nur als Analoga des Rechts bezeichnet werden können, verdanken ihm die Sicherheit ihrer ferneren Existenz. Hier ferner ist die wahre Geburtsstätte des Legitimitätsgedankens [231]); endlich hat dieselbe Idee auch innerhalb des bestehenden Rechts gewisse Rechtsinstitute hervorgebracht. Die Analogie des Gewohnheitsrechts zu allen Instituten der erwerbenden und erlöschenden Verjährung ist zu deutlich, als daß sie nicht schon unzählige Male gesehen worden wäre [232]). Eben hieraus ist auch das Recht des Schatzes entsprungen. Daß die Sache, welche unter den Begriff des Schatzes fällt, derelinquirt sei, ist eine in unendlich vielen Fällen unzutreffende Vermuthung. Der Strenge des sonstigen Rechts nach ist also ein Eigenthümer in sehr vielen Fällen irgendwo noch vorhanden. Aber wer weiß von ihm? Die Sache ist thatsächlich herrenlos lange Zeit hindurch gewesen, und diese

230) Windscheid § 15 N. 2.

231) Mit dieser Bemerkung kehre ich also durchaus nicht zu der alten „Verjährungstheorie“ zurück; diese läßt die Legitimität durch den Erwerb eines subjektiven Rechts vermittelst Verjährung entstehen, was ja natürlich das Dasein eines objektiven, solche Verjährung anordnenden Rechtssatzes voraussetzt, also nichts erklärt. Es handelt sich nicht um die erwerbende Verjährung eines subjektiven Rechts: die Legitimität beruht vielmehr unmittelbar in einem objektiven Rechtssatz; und dessen Entstehung eben rechtfertigt sich durch das obige Prinzip.

232) Auch von Savigny S. 36 N. b; natürlich abgelehnt von Puchta, Jahrbücher S. 22—23.

Thatsache ist dadurch eben Recht geworden. Paulus drückt diese Verwandlung der Thatsache in Recht in seiner bekannten Schatzdefinition[233]) sehr deutlich aus: thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cujus non exstat memoria, ut jam dominum non habeat.

In denselben Zusammenhang kann man wohl auch die bekannte c. 8 C. de omni agro deserto 11, 59 mit ihrer Bestimmung stellen, daß das Eigenthum an einem Grundstück, welches ein Dritter in Kultur nimmt, nach zwei Jahren vom bisherigen Eigenthümer auf ihn übergeht: omni possessionis et dominii jure carebit qui siluit. Aehnliche Sätze werden aus dem älteren deutschen Recht berichtet[234]).

Die Erklärung, welche ich für die Geltung des Gewohnheitsrechts zu geben versucht habe, steht nun meines Erachtens in besserem Einklang mit den Thatsachen und erklärt dieselben befriedigender, als es manchen anderen Theorien möglich ist. Ich nehme ein Beispiel dafür. Meine Theorie spricht der Gewohnheit im obigen Sinne ursprüngliche (ja in gewissem Sinne die einzig ursprüngliche) rechtsproduzirende Kraft zu. Nun ist es aber eine Thatsache in den heutigen Staaten, daß, wo das Gesetz Gewohnheitsrecht verbietet, sich solches auch nicht weiter bildet. Diese Thatsache bleibt den meisten Theorien ein Räthsel, der unseren nicht. Man nehme also den Fall, es habe sich in einem Rechtsgebiet, wo das Gewohnheitsrecht ausgeschlossen ist, etwa durch Mißverstehen einer Gesetzesstelle eine derogatorische Gewohnheit gebildet. So lange dieses Mißverständniß nicht entdeckt ist, kann die Frage, ob diese Gewohnheit Recht schaffe, nicht auftreten, denn man betrachtet ja den Inhalt dieser Gewohnheit als identisch mit dem gesetzten Recht. Sobald aber der Irrthum erkannt ist, kann auch der Inhalt der irrthümlichen Gewohnheit nach unserer Theorie nicht mehr als

---

233) L. 31 § 1 D. de a. r. d. 41, 1.

234) Z. B. „ein Acker, den der Eigenthümer verwildern läßt, wird Mark- und Gemeingut, wenn sich Busch und Gesträuche darauf erheben". Ihering, Grund des Besitzesschutzes, 2. Aufl. S. 218 N. 195 nach Grimm, Rechtsalterthümer S. 92. — Auch die von Ihering a. a. O. angeführte Stelle Ulpians läßt sich hierherziehen.

Recht betrachtet werden, denn es fehlt das dazu nothwendige Moment der Aussicht auf weiteres Andauern der Gewohnheit. Allerdings ist eine Quelle der Motivation für weitere Uebung da, nämlich die Thatsache, daß bisher so geübt ist, aber diese Motivation wird paralysirt durch das Gegenmotiv, das aus der Erkenntniß jenes Gesetzes entspringt. Erst wenn das Gesetz selbst nicht mehr als geltend vorgestellt wird, also selbst nicht mehr Gegenmotiv ist, würde auch Gewohnheitsrecht trotz des Verbots sich wieder bilden können.

Und ein Zweites. Worauf gründet der Einzelne seine Ueberzeugung von der Giltigkeit der außerordentlich vielfachen Gesetze, die er vorhanden vorfindet? Sie sind erlassen von den verschiedensten Personen, reichen zum Theil in sehr weite Zeit zurück. Zu irgend einer Prüfung der Legitimation der damaligen Gesetzgeber wird in der Regel Niemand schreiten wollen; man nimmt vielmehr im Allgemeinen die Menge der Gesetze, welche man thatsächlich als Gesetze befolgt sieht, schlechthin als geltend hin, weil sie eben als Recht wirken, nur wegen dieser ihrer Wirklichkeit. Das Gesetz bekommt also durch sein längeres Geübtsein sozusagen eine zweite causa seines Bestehens, wie das Eigenthum beim Einzelnen vielfach auch nicht mehr auf den einstigen Erwerbsgrund sondern auf die später gefolgte Usucapion gestützt wird.

Indeß ich muß die weitere Verfolgung dieser Gedanken ins Einzelne hinein hier abbrechen und eile zum Schluß.

Aus dem, was als sog. Grund der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechts angenommen wird, müssen nun auch, wie schon oben S. 359 bemerkt, die sog. Erfordernisse des Gewohnheitsrechts abgeleitet werden: alles das, aber auch nur das ist wirkliches Gewohnheitsrecht, bei dem jener Grund, wie er dargestellt wurde, zutrifft. Ich überlasse diesen positiven Aufbau, durch welchen auch einige Punkte der vorhergegangenen Kritik erst zu voller Klarheit kommen können, einer anderen Abhandlung, und richte nur noch einmal meinen Blick zurück auf die Frage, von der ausgegangen wurde, ob Gewohnheitsrecht auch auf Rechtsirrthum beruhen könne. Daß die Antwort jetzt ein unzweifelhaftes Ja sein muß, ergibt sich ohne weiteren

Beweis von ſelbſt: der Rechtsirrthum hindert die Bildung des Gewohnheitsrechts niemals. Zugleich taucht aber mit dieſer Antwort auch die weitere Frage auf, ob nicht vielleicht alles Gewohnheitsrecht auf Irrthum beruhen muß, ob der Rechtsirrthum für die einzelnen Uebungshandlungen nicht vielleicht ſogar nöthig iſt. Erſt die eingehende Unterſuchung der poſitiven Erforderniſſe des Gewohnheitsrechts wird hierauf die Antwort ertheilen können[235]).

235) Die während des Drucks dieſer Arbeit erſchienenen Schriften von Sturm, Recht und Rechtsquellen und Bierling, Zur Kritik der juriſtiſchen Grundbegriffe Bd. II. ſind nicht mehr berückſichtigt worden.